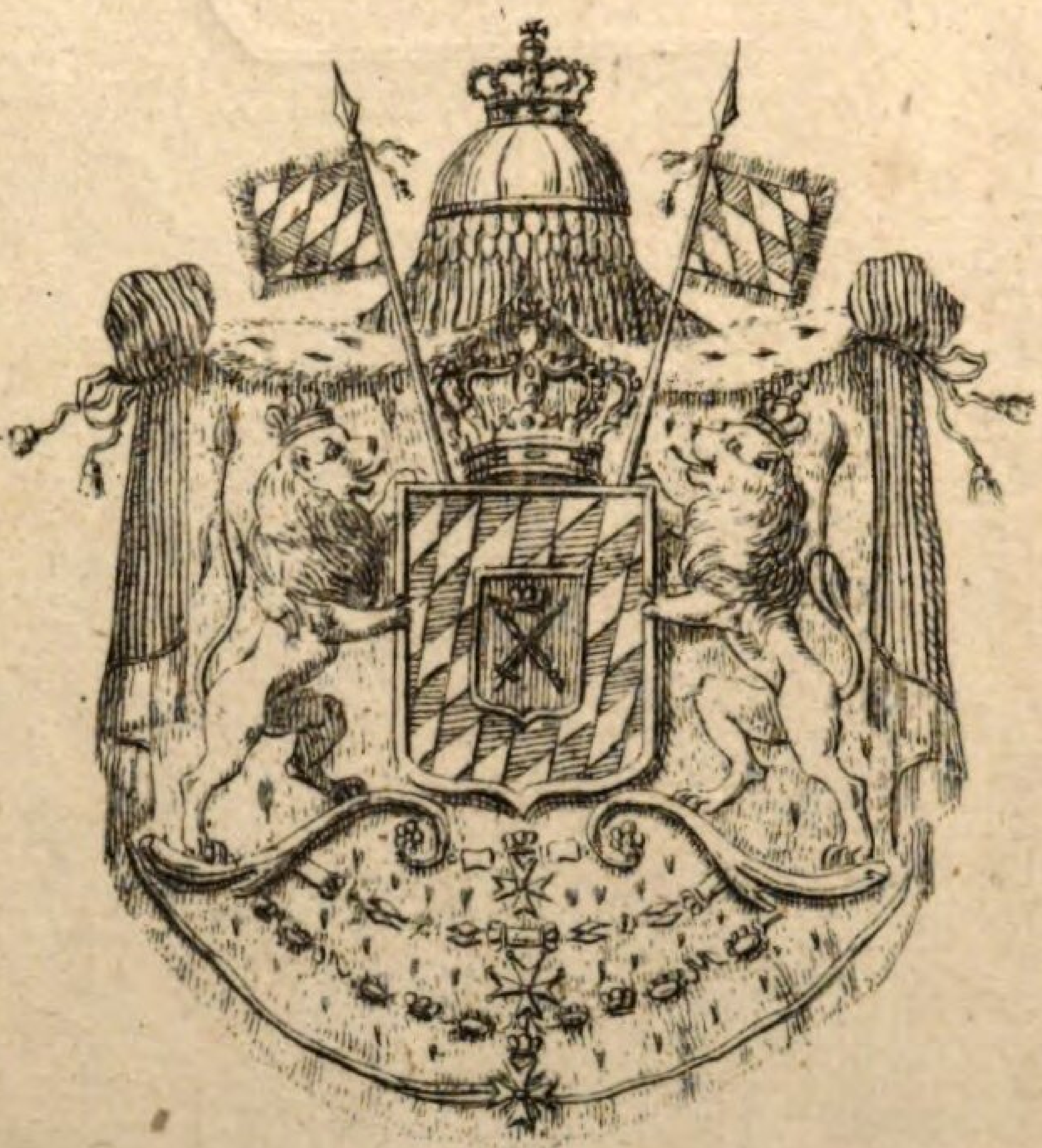
J. pract.
93
S

P. Trad
935 Goldschmidt



BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Über
Litiscontestation und Einreden,
vorzüglich
in Hinsicht auf die Frage,
in wie fern peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage enthalten?

Nach römischen, kanonischen und den Reichsgesetzen.

Eine civilistische Abhandlung

von

Carl Leopold Goldschmidt,
Doktor der Rechte.

Suum cuique.

Frankfurt am Main 1812,
in der F. C. Herrmannschen Buchhandlung.

214.B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Sr. königlichen Hoheit

dem

Durchlauchtigsten

jetzo glorreich regierenden

Großherzoge von Frankfurt,

Fürsten Primas des Rheinischen Bundes,
Erzbischoffe zu Regensburg rc. rc.

meinem

gnädigsten Landesvater

und

Herrn Herrn.

Durchlauchtigster Großherzog,
Gnädigster Souverain und Herr Herr!

Das erste Auftreten des bessern Menschen in der gelehrten Welt ist mit seinem ersten Auftreten in der wirklichen zu vergleichen. Eine bunte, mit lachenden Bildern bemahlte, Decke verhüllt ihm die Zukunft. Er glaubt in sich eine hohe Kraft zu verspüren, und diese frey und offen verkünden zu müssen in Wort und That. Nach Wahrheit ist sein einziges rastloses Streben, und ein Fremdling in der fremden Welt, tritt er ihre dem freyen Geiste Fesseln anlegenden Convenienzen mit Füßen. Doch wenn ihm eine nähere Bekanntschaft mit derselben nachmals zeigt, wie sich dem Größern und Ungewöhnlichen auch von allen Seiten größere und ungewöhnliche Hindernisse entgegendrängen, wenn er sich von wenigen verstanden, und von noch wenigeren erkannt sieht, da fangen allmählig seine hochaufliegenden Entwürfe an zu verschwinden, seine Aussichten sich zu verengen, und das Feuer in ihm, das für die Ewigkeit leuchten sollte,

verlischt, dem sulphurischen des Blitzes gleich, nach einem flüchtigen Glanze. Und wohl ihm, wenn er zur rechten Zeit zu schweigen wußte, und nicht die Stachel der selbstischen Eitelkeit für die Stimme seines Genius, und die Mißgeburten jener für die von diesem erzeugten Lichtgestalten nahm, denn nur wenigen Auserwählten ward es vergönnt, aus dem Kampfe mit dem Wirklichen und Gemeinen als Sieger hervorzugehen, nur wenigen Glücklichen, die Erfahrungen des Alters, des Mannes Kraft, und der Jugend herrliche Ideen in sich zu vereinigen.

Welches Zeichen von aussen soll nun aber dem jungen Schriftsteller sagen, daß er sich selbst nicht verkenne, daß er den Besseren wahrhaft angehöre? Welche Stimme wird ihn zum fernern Reden auffordern, oder, wenn es Noth thut, ihm Stillschweigen gebieten? Die Stimme des Publikums etwa? O, wahrlich nein! Falscher noch als in der wirk-

lichen Welt möchte in der gelehrten der Satz seyn: vox populi, vox Dei. Ihm bleibt nichts übrig, als daß er sich in einem jener Erkohrnen, die ihr edles Selbst aus den rohen Umgebungen retteten, einen gerechten aber nachsichtsvollen Richter wähle; diesen, ewig über sich erhaben sehend, vergegenwärtige er sich in jedem Momente seines Wirkens, seinen Beyfall suche er zu erstreben, sein Lob erhebe ihn, und sein Tadel weise ihn zurecht. Einen solchen Richter glaubte ich nicht suchen zu müssen.

In Euer königlichen Hoheit erblicke ich die ausgezeichneten Eigenschaften des großen Fürsten neben den großen des ausgezeichneten Gelehrten, hohe Milde zu strenger Gerechtigkeitsliebe, und das ausgebreiteste Wissen mit einem glücklichen, allumfassenden Genie gepaart. Wer kann sagen, daß ich mir in Euer königlichen Hoheit nicht den besten Richter ausersah?

Und so wage ich es, zu der unterthänigsten Bitte um gnädige Nachsicht für folgendes Werkchen, das erste Produkt meines jugendlichen Fleißes und Nachdenkens, noch die hinzuzufügen, dieses als ein geringes Zeichen der tiefsten Ehrfurcht huldreichst aufzunehmen, in welcher ich ersterbe

Euer königlichen Hoheit

Frankfurt a. M.
den 15. Januar 1812.

allerunterthänigster

D. Carl Leopold Goldschmidt.

Erster Abschnitt.

Römisches Recht.

§. 1.

Einleitung.

Es sind die Prozeßnormen Theil des öffentlichen Rechts (1), daher ihr inniger Zusammenhang mit der ganzen Staatsverfassung. Nicht leicht möchte wohl je mit dieser irgendwo eine bedeutende Revolution vorgegangen seyn, die nicht auch zugleich auf die Gerichtsverfassung, folglich auf den ganzen sogenannten Prozeß, kräftig eingewirkt hätte; die Verordnungen über diesen werden deshalb auch dem Denker, er sey nun Jurist oder nicht, immer interessant seyn, während gar manche Civilgesetze interessenlos an ihm vorübergehen.

Wie sehr sprechen sich nicht die mannichfachen Schicksale des römischen Staates in seiner Gerichtsverfassung aus!

In dem jungen Rom saßen seine Könige zu Gericht; sie mochten wohl mehr Schieds- als ordentliche

(1) Martin, Lehrbuch des Prozesses, Aufl. 3. §. 11. — Der Prozeß ist aus Privat- und Regierungs-Recht gemischt. Thibaut, System des Pandekten-Rechts, Aufl. 3. I, §. 329.

Richter seyn, und schwerlich Prozeßgesetze da existiren (1). Es scheint der Erbadel zum Wesen der Monarchien zu gehören (2), weil er, wie die Geschichte lehrt, in keiner lange ausblieb; auch in der römischen finden wir ihn gleich zu Anfang (3) in einer eigenthümlichen Gestalt, unter dem Nahmen Patriciat, wieder. Den Patriciern waren denn alle höheren Staatsämter und Priesterstellen anvertraut, besonders eigneten sie sich das Rechtsstudium zu (4).

Die Könige wurden vertrieben, nicht so die königliche Gewalt (5), in diese folgten die Patricier, indem sie das Recht erhielten, daß jährlich zwey Consulen aus ihrer Mitte gewählt werden mußten; diese hatten denn, so wie überhaupt fast die ganze Gewalt der Könige, auch die volle, nur in Criminalsachen einigermaßen beschränkte Gerichtsbarkeit (6). Als aber nachmals die Plebs gegen den Adel immer mehr und mehr andrang, als dieser es sogar mußte geschehen lassen, daß auch Plebejer zum Consulate gelangten, suchte er wenigstens einen Theil der öffentlichen Gewalt, die richterliche, sich zu erhalten. Zu diesem Behufe ward denn die Gerichtsbarkeit vom

---

(1) Pomponius in L. 2. §. 1. D. de O. J. (1. 2.)

(2) Montesquieu de l'Espirt des loix. II, 4.

(3) Livius I, 8, 35, Dionys. Halicarn. II, 8. 12.

(4) Livius VI, 41, Dionys. II, 9—11.

(5) Livius II, 1.

(6) Pomponius l. c. §. 16.

Amte der Consulen (wenigstens factisch) ganz losgerissen, und einem neugeschaffenen patricischen Beamten, dem Praetor urbanus, überlassen (1). Wahrscheinlich zu demselben Ende hatten die Patricier die gerichtlichen Verhandlungen in steife Formeln gepreßt, und von dem Calender abhängig gemacht, um sich durch Verheimlichung der Form des Verfahrens im alleinigen Besitze des fori zu erhalten. Ward nun gleich durch diese Mittel der bezweckte Erfolg nicht erreicht, indem die Formularien divulgiret wurden (2), und auch Plebejer zur Prätur kamen (3), so blieb doch das einmal Bestehende fortbestehen. Der Prätor (4) war denn der eigentliche Richter in allen Civilstreitigkeiten (5); um ihn aber in seinen vielen Geschäften zu erleichtern (6), vielleicht auch um nicht seiner Willkühr zu großen Spielraum zu lassen (7),

(1) Livius VI, c. ult. VII, 1. — Doch konnten auch die Consulen noch Recht sprechen, Pompon. l. c. §. 34.

(2) Livius IX in fin. Valer. Max. II, 5. A. Gellius VI, 9. Pompon. l. c. §. 7.

(3) Livius VIII, 15.

(4) Zum urbano kam zuerst ein Praetor peregrinus, dann noch mehrere Prätoren. Pompon. l. c. §. 28, 33. Campiani de officio et potestate Magistratuum Romanorum Libri II. Genevae 1725, 4. p. 207 sqq.

(5) Cicero de Leg. III, 3. Nur gering war die Gerichtsbarkeit der Aedilen, Sigonius de judiciis I, 7 in fin. Ueber die der Volkstribunen, Diehmer de jurisdict. tribunor. plebis, Lips. 1805.

(6) J. W. Hendel, (Praes. Dietmar) Judex pedan. §. 8.

(7) Cicero in Verr. II, L. II, c. 12.

waren ihm judices (pedanei) an die Seite gegeben (1). Er hatte die Einleitung des Prozesses, und das Recht dem von ihm ernannten judex eine Instruction zu geben, an die sich dieser beym Urtheilsprechen halten mußte; so daß im Ganzen der Prätor die quaestio juris, der judex die quaestio facti zu entscheiden hatte (2), und nur ausnahmsweise konnte ersterer selbst sprechen in den judiciis extraordinariis (3), oder auch verwickeltere Rechtsstreitigkeiten an das Centumviral-Gericht verweisen (4). So kam es denn, daß der ordentliche Prozeß bey den Römern theilweise, in jure (vor dem Prätor) und in judicio (vor dem judex), verhandelt ward, die Execution aber hatte immer der Prätor (5). Dies war in der Hauptsache (6) die Verfassung der Civilgerichte unter der Republick und den früheren Kaisern.

(1) J. Hop de judicibus a Praetore ... dari solitis in Oelrichs Thes. nov. Diss. Belg., Vol. I, P. II, No. 8. — Von den judicum decuriis, und dem Unterschiede zwischen judex, arbiter und recuperator, Malblanc Consp. rei judic. R. G. §. 9, 10. Nota b.

(2) Seneca de benefic. III, 7. Noodt de jurisdict. I, 8. — Modificirt bey act. b. f. und arbitr. §. 30. J. de act. (4. 6) Sigon. I, 17.

(3) Noodt l. c. I, 7. Glück Commentar VI. §. 498. Ueber eine andre Bedeutung des Wortes judicium extraordinarium, Glück Opusc. jurid. II, p. 273 sqq.

(4) Malblanc l. c. §. 12.

(5) L. 15. pr. D. de re judic. (42. 1).

(6) Nur das Nothwendigste mußte hier vorausgeschickt werden, daher sind nicht berührt die decemviri, assessores etc., weil sie mit der hier zu erörternden Frage nicht unmittelbar in Berührung stehen; und so soll auch in der Folge vom römischen Prozesse nur so viel, als zur Festsetzung des Begriffes der L. C. und Einreden gehört, hier vorgetragen werden.

§. 2.

Litis-Contestation nach älterem römischen Rechte (1).

Hatte ein Römer mit einem andern eine Streitigkeit, so versuchte er gewöhnlich zuerst durch Freunde die Güte (2), blieb der Versuch fruchtlos, so folgte die in jus vocatio, d. i., die aussergerichtliche Aufforderung des Klägers an seinen Gegner, daß er mit ihm vor Gericht gehe, um ihren Streit dort auseinander zu setzen (3), dieser mußte ihm dahin folgen, oder Caution stellen (4). Der Kläger gab nun vor dem Prätor an, welcher Klage er sich bedienen wollte (actionem edere) (5). Dabey hatte

---

(1) Aus den frühern Zeiten wissen wir darüber nichts, denn die L. C. mit Cujac. Obs., IX, 21. schon in den 12 Tafeln finden wollen, möchte wohl äußerst gewagt seyn. Zuerst thut derselben, jedoch als einer bekannten Sache, Erwähnung Cic. pro Rosc. Comoed, c. 11, 12. Epist. XVI, 15. — C. G. Winckler Discrimen inter L. C. jure veteri ac hodierno, §. 10.

(2) Livius IV, 9. Cic. pro P. Quinctio c. 5, 11, pro Caecina c. 2, pro Q. Roscio c. 5. Seneca de benef. VII, 22. C. F. G. Meister Vindex et vas, I, 2.

(3) L. 1. D. de in jus vocando (2. 4).

(4) Rubr. Tit. D. in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent (2. 6). In früheren Zeiten geschah dies durch einen vindex, Meister l. c. I. Ueber die in jus vocatio vorzüglich Cujac. Obs. X, 10. Donellus Comment. J. C. XXIII, 2. Brisson. de formulis V, 1, 2. A. H. van Hees D. de iis, quae antiquitus apud Romanos inter litigatores ante litem contestatam fiebant, c. 2. (in Fellenberg Jurisprud. antiqua T. I), Glück Opusc. II. p. 307 sqq.

(5) L. 1. pr. §. 1. D. de edendo (2. 13). Früher konnte er nicht dazu gezwungen werden, Plautus Persa IV, 9.

denn dieser nichts zu thun, es war blos Sache der Privaten, und nicht des Gerichts (1). Das Gesetz wollte durch diese actionis editio bezwecken, daß der Beklagte Zeit habe, sich eines Bessern zu besinnen, und die Sache gütlich beyzulegen, oder im Falle er dies nicht wolle, sich gehörig auf die gerichtliche Verhandlung vorzubereiten, deshalb mußte ihm auch der Kläger angeben, auf welche Weise er seine Klage zu begründen denke (2). Der Kläger forderte sodann von den Beklagten Bürgen, welche für ihn gut sagten, daß er sich am übereingekommenen (3), gewöhnlich am dritten Tage, in jure stellen werde (actor reum vadatur), und dieser mußte, wollte er nicht bis zu jenem Tage im Gefängnisse bleiben (4), solche stellen (vades dare) (5). Die Nahmen der Partheyen und Bürgen, so wie der festgesetzte Tag wurden nun aufgeschrieben, und sie an demselben per

---

v. 8. 9, Aulul. IV, 10, jedoch konnte es früher geschehen, Plautus Curcul. V, 3. Terent. Adelph. II, 1. v. 40 sqq. Dies war aber, ehe die litis denunciatio aufkam, wahrscheinlich selten, Van Hees §. 39. Ueber die editio actionis, Noodt Comment. in D. II, 13. Bretus Ordo perantiquus judicior. civil. etc. c. 24. (in Hoffmanni Histor. jur. T. II), Glück Opusc. II p. 317 sqq.

(1) Edita actio speciem futurae litis demonstrat, L. 3. C. de edendo (2. 1).

(2) L. 1. cit. Ueber die mutatio et emendatio actionis editae, Donellus Com. XXIII, 5.

(3) Meister l. c. II, 7. Glück Opusc. II, p. 348 sqq.

(4) Plautus Persa II, 4. v. 18.

(5) Van Hees §. 43 sqq. Glück Opusc. p. 332 sqq.

praeconem aufgerufen (1). Stellten sich beyde (2), dann redete der Beklagte den Kläger in einer hergebrachten Formel an, worauf dieser eben so antwortete (3); das fernere Verfahren kam jetzt auf die Klage und Umstände an. Wollte der Kläger eine rei vindicatio anstellen, so erfolgte nun die lis vindiciarum (4); bey persönlichen Klagen konnten hier interrogationes in jure (5), sponsiones und sacramenta (6) vorkommen, dieses war bey den Vindicationen nach ausgemachtem Besitze immer der Fall (7); endlich trug jetzt auch der Kläger seine Forderung in einer, nach der Natur der Klage und der dem judex zu gebenden Instruction, verschieden bestimmten Formel vor (actionem postulabat (8)).

---

(1) Gewöhnlich ist die Behauptung, es sey die Klage in die acta postulationum eingetragen worden, und man pflegt nur einen gar gelehrten Streit darüber zu führen, ob dies durch die scribae geschehen sey oder nicht? Siccama de judicio centumvirali (Edit. Zepernick) II, 1. Nota c. Glück Opusc. II, p. 332. Nota 66. — Es läßt sich aber für diese Behauptung kein Grund angeben, vielmehr scheint sie aus der falschen Idee entsprungen zu seyn, die man mit postulatio und impetratio actionis verband, worüber in der Folge das Nähere.

(2) Ueber das Contumacial-Verfahren, Van Hees §. 46 — 50. Glück Opusc. II, p. 367. Nota 69.

(3) Plautus Curcul. I, 3, v. 5 — 8.

(4) Glück Commentar VIII, §. 583. p. 128 — 138.

(5) Glück a. a. O. XI. §. 745.

(6) Brisson. de formul. V, 7. Ernesti Clavis Cic. v. sponsio.

(7) Heineccii Antiquit. IV, 6. §. 25, 26.

(8) Die postulatio actionis wird fast allenthalben als eine Bitte des Klägers an den Prätor, um Erlaubniß bey ihm klagend auftreten zu dürfen, angegeben. Einige lassen sie sogar der editio actionis vorhergehen, wie Brisson.

Der Beklagte gestand nun entweder blos ein, ohne

---

de V. S., v. actio No. 4. Heineccius IV, 6. §. 19. Quintanaduegna de jurisdict. I, 5. No. 1 (in Meermann Thes., T. II); andre sie unmittelbar derselben folgen, Sigon. I, 20. Raevardus de praejudiciis I, 4. Bretus c. 24. Van Hees §. 41, dem wie gewöhnlich folgt Glück Opusc. II, p. 326 sqq. u. a. m. — Diese Darstellung scheint jedoch unrichtig.

Postulare heißt eigentlich den Prätor bitten, daß er einen, uns eine neue Befugniß gebenden, seiner Jurisdiction eigenthümlichen Akt vornehme, z. B. R. i. i., missio in poss., B. P. ertheile, ein judicium constituire rc. In einem weiteren Sinne, und in Beziehung auf das Recht, gerichtlich auftreten zu dürfen, heißt postulare, überhaupt vor dem zu Gericht sitzenden magistratus einen Vortrag halten; Belege für beyde Bedeutungen bey Brisson. de V. S., v. postulare; No. 1, 2. — Actio aber war eine vom Prätor dem judex gegebene Instruction (formula), nach welcher dieser in einer einzelnen Rechtssache sprechen mußte; Ulpiani Fragm. XIX, 16. XXV, 12, dem Kläger hingegen gab sie die Befugniß, seine Ansprüche vor dem judex geltend zu machen, L. 51. D. de O. et A. (44. 7) L. 3. pr. D. de sepulcro violato (47. 12), Cujac. ad Tit. J. de act., Obs. V, 17. J. a Costa ad Pr. J. de act. Muretus ibid. Brisson. de V. S., v. actio, No. 5.

Unsre Darstellung ergiebt also schon der Wortverstand, der Kläger forderte vom Prätor, daß er dem judex die Formel als Instruction gebe (Brisson. de form. V, 17. vergl. mit ibid. V, 11), in welcher er sein petitum vortrug, also actionem postulabat. Für uns spricht noch außerdem

1) Die (wahrscheinlich aus dem edicto perpetuo herrührende, Cujac. ad Tit. C. de edendo) Titelfolge unsres Gesetzbuches. Es war einer der beyden Zwecke der editio actionis, wie schon oben erinnert ist, daß die Sache, noch ehe die gerichtliche Verhandlung ihren Anfang nehme, in der Güte abgethan werde, und dies geschah per pactum vel transactionem, Van Hees §. 45. Darum handelt Justinian zuerst de edendo, dann de pactis et transactionibus, und, da erst, wenn die Sache nicht gütlich beygelegt ward,

sich auf sonst eine Weise zu vertheidigen, und dann

die gerichtliche Verhandlung folgte, hierauf erst de postulando (obschon hier im weiteren Sinne). Wäre nun die postulatio unmittelbar hinter der editio actionis her, oder wohl gar derselben vorausgegangen, so ließe sich diese Titelfolge nicht wohl erklären.

2) Finden wir in derselben Bedeutung wie bey actio, auch bey exceptio das Wort postulare, und zwar so, daß wir sehen, daß die postulatio exceptionis mit der actionis postulatio in genauer Verbindung stand, Cic. de invent. II, 20: is, qui agit, judicium purum postulat; ille quocum agitur, exceptionem ait, addi oportere, wo es gleich zuvor heißt: postulat is, quocum agitur, a Praetore exceptionem. Brisson. de form. V, 74. Gonz. Tellez ad Decret., II, 25, c. 4. No. 8. Nach unsrer Darstellung ist dies vollkommen richtig, nach der gewöhnlichen unerklärbar, da bey der editio actionis der Beklagte in der Regel zur Vertheidigung nicht vorbereitet war, Glück Opusc. II, p. 332, und sie ihn eben erst vorbereiten sollte.

3) An sich wäre es auch widersinnig, von einer Magistratsperson die Erlaubniß erbitten zu müssen, vor ihr klagend aufzutreten, zu deren Amt es recht eigentlich gehörte, die Klagen anzuhören. Die gewöhnlich als Grund angegebene Worte Ulpian's in L. 1 pr. D. de postulando (3. 1) ne sine delectu passim apud se postuletur, beziehen sich, wie der darauf folgende §. 1 schon ergiebt, auf die vor ihm auftretenden Personen, wie überhaupt dieser ganze Titel von der postulatio sensu lato spricht.

4) Wäre es auch gegen den Geist des römischen Prozesses, nach welchem in dem Termine der editio actionis (wenn ich mich so ausdrücken darf) keine Partheyvorträge an den Prätor vorkommen konnten, wovon oben.

Noch mehr wird sich diese Darstellung rechtfertigen unten §. 11. Not. 4. Ihr stimmt im Allgemeinen bey B. Voorda de vadimonio II, 4 (in Fellenberg Jurisprud. antiqua T. II).

Intendere actionem aber heißt, wenn man die davon redenden Stellen genau vergleicht, nichts anders als klagen im allgemeinen Sinne des Wortes, ohne daß damit in der Regel irgend eine einzelne bestimmte gerichtliche

gieng sogleich in jure der Prozeß zu Ende (1), oder nicht. In diesem Falle brachte er entweder dilatorische Einreden (translationes) (2) vor, oder er läugnete, oder er gestand zwar ein, suchte aber durch das Vorbringen peremtorischer Einreden die Klage zu zerstören (§. 3.), oder endlich er verband das Läugnen mit dem Vorbringen der Einreden; und so konnten hier Re- und Duplick vorkommen. Es suchten nun die Partheyen über einen bestimmten judex, arbiter etc. übereinzukommen (3) und forderten ihn vom Prätor, oder sie forderten unbestimmt einen judex (judicem etc postulare (4)). Der Prätor gab ihnen nun den verlangten, oder wenn sie selbst keinen vorgeschlagen hatten, einen durch das Loos bestimmten (judicem dare, addicere (5)), den aber eine jede Parthey das Recht hatte zu recusiren (6). Dem ernannten, nicht recusirten judex, schrieb nun der Prätor gleich bey seiner Ernennung, eine, nach Verschiedenheit der erhobenen Klage und vorgeschützten Einreden verschie-

---

Verhandlung bezeichnet würde, Brisson. de V. S., v. intendere.

(1) Tit. D. de confessis (42. 2), Tit. C. eod. (7. 59).

(2) Cujac. Obs. XVIII, 34. Bretus c. 25, 26.

(3) Cic. pro Rosc. Com. c. 14, 15, pro Quinct. c. 9. Valer. Max. VIII, 2. No. 2.

(4) Sigon. I, 23. Brisson. de form. V. 5.

(5) Glück Commentar VI, §. 499. p. 168. — Ueber die Anzahl der gegebenen judices, Schulting de recusatione judicis, Diss. I, VI, 4. Hendel Judex pedaneus §. 8.

(6) Cujac. Obs. IX, 23. Brisson. de form. V, 6. Glück a. a. O. Nota 18.

dene Instruction (formula) vor, nach welcher er die Sache entscheiden mußte (actionem s. judicium dabat (1) (2); wies er aber den Kläger ab, so hieß dies actionem denegare (3), wie man im umgekehrten Falle von diesem sagte, actionem impetrare (4). Nunmehr kamen denn, wenn es in con-

---

(1) Brisson. de V. S., v. actio, No. 5., de form. V, 108.

(2) Sigon. I, 24. Brisson. de form. V, 10 sqq. Auch bestimmte der Prätor die Anzahl der zu gebrauchenden Zeugen, Sigon. I, 25.

(3) Brisson. de V. S, v. denegare, de form. V, 109.

(4) Auch diese Darstellung von denegatio, datio und impetratio actionis weicht von der gewöhnlichen ab. Die Mehrzahl unsrer Juristen setzen nemlich die denegatio, datio und impetratio actionis vor den ersten eigentlichen Vortrag des Klägers in jure, und sogleich hinter der editio actionis, oder lassen sie derselben gar noch vorgehen, so z. B. Sigon, I, 20. Raevard. de praejud. I, 4. Brisson. de V. S., v. actio No. 4, Heineccius IV, 6. §. 19, 20. Van Hees §. 41, 42 und aus ihm Glück Opusc. II, p. 326 sqq, u. a. m.

Allein diese Ansicht ist nicht zu billigen

1) Alles oben (S. 7. Not. 8.) Gesagte paßt auch vollkommen hierher, und würde allein schon unsre Darstellung rechtfertigen. Die denegatio, datio etc. actionis folgten doch ohne Zweifel der postulatio, diese aber geschah selbst erst durch den ordentlichen Vortrag der Partheyen in jure, wie oben erwiesen ist.

2) Finden wir häufig, causa cognita actionem dare, denegare, Brisson. de form. V, 108, eine causae cognitio setzt aber in der Regel ordentliches beyderseitiges Gehör zum voraus, Brisson. de V. S., v. cognitio.

3) Finden wir gleichbedeutend mit actionem, auch judicium dare, denegare und impetrare, L. 3. pr. D. de sepulcro viol. (47. 12), L. 6. D. de injur.

creto überhaupt gesetzlich nothwendig war, die cautio judicatum solvi (1) und die satisdatio ratihabitionis vor (2); und so verließen denn endlich die Partheyen den Prätor, nachdem sie sich zuvor auf den dritten Tag vor den judex bestellt hatten (3), an welchem Tage sie denn auch, wenn nicht besondere Gründe zum Aufschub sich vorfanden (4), mit ihren Anwälden vor demselben erschienen. Nachdem dieser

(47. 10), L. 51. §. 1. D. fam. herisc. (10. 2); eben so finden wir diese Ausdrücke bey der exceptio, und zwar im Zusammenhange mit actio; welches alles nach der gewöhnlichen Ansicht sich nicht wohl erklären läßt.

4) Endlich spricht auch für unsre Darstellung ihre Einfachheit und der Geist des römischen Prozesses. Denn in der That, was bezweckte diese postulatio, impetratio etc., die man gewöhnlich der editio actionis folgen läßt? Meines Wissens nichts; der Prätor mußte ja doch durch einen nochmaligen ordentlichen Vortrag unterrichtet werden, und der Beklagte war es hinlänglich durch die editio actionis. Umgekehrt aber sollte diese ja eben bewerkstelligen, daß es gar nicht zur eigentlichen gerichtlichen Verhandlung komme; wie sollte nun mit ihr ein Akt verbunden worden seyn, der auf einen künftigen Streit hindeutete, und dessen Nutzlosigkeit man hoffen mußte?

Diese Ansicht haben denn auch mehrere angesehene Juristen z. B. Donellus Com. XXIV, 1, Brisson. de V. S, v. actio, No. 5, de form. V, 108, 109. Stryk D. sistens Process. J. R. antiquum, IV, 6, 6, Quintanaduegna I, 5. No. 5, 6. B. Voorda II, 4.

(1) Cujac. Obs. X, 29.

(2) Sigon. I. 27 init. Stryk IV, 45-50.

(3) Ascon. Pedian. ad Cic. in Verr. I, 9.

(4) Glück Opusc. II. p. 398, 399.

den erforderlichen Eid abgelegt hatte (1), wurde ihm vor dem eigentlichen Vortrage eine summarische Übersicht der Sache gegeben (causae conjectio) (2), nachher aber ward sie ordentlich vor ihm verhandelt (3), und dabey nöthigenfalls lange Reden gehalten (4). Dadurch nun, daß die Partheyen dem judex die Sache ordentlich vortrugen, geschah die L. C., doch mußte auch eine von beyden Theilen vorgenommene Anrufung von Zeugen hinzukommen (5). Es war mithin die L. C. des ältern römischen Rechts

---

(1) Malblanc Consp. §. 10. Nota h. Daß die Partheyen vor Justinian's Zeiten in der Regel ein juramentum calumniae hätten ablegen müssen, findet sich nirgendwo.

(2) Ascon. Pedian. l. c. Quo cum esset ventum, antequam causa ageretur, quasi per indicem rem exponebant, quod ipsum dicebatur causae conjectio, quasi causae suae in breve coactio. A. Gellius V, 10.

(3) Macrob. Saturn. III, 16.

(4) Z. B. Cic. pro P. Quinct., Rosc. Com., Caecina.

(5) L. un. C. de L. C. (3. 9), Festus, de V. S., v. contestari, wo es heißt. contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet: testes estote, und dann: contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote. — Viele citiren mit Cujac. Obs. IX, 21 auch Macrob. III, 16 hierher, jedoch mit Unrecht, weil dort vom Beweise durch Zeugen coram judice pedaneo die Rede ist. J. a Costa in Decret. V, 2. p. 401. Winckler I, 7.

Die Anrufung der Zeugen geschah übrigens wahrscheinlich darum, weil die L. C. so viele und bedeutende Folgen hatte. Genaueres über die Art, wie sie geschah? wissen wir nicht. Da Festus bekanntlich selbst excerpirté, so läßt es sich nicht einmal mit Gewißheit sagen, ob zu Sever's Zeiten mehr eine Zeugenanrufung bey der L. C. vorkam, da L. un. cit. davon schweigt.

der Vortrag des eigentlichen Rechtsstreites vor dem judex, verbunden mit einer beyderseitigen Zeugenanrufung (1).

---

(1) Cujac. Obs. IX, 21. Menardus ad Cic. pro Roscio Com. c. 11. Goeddeus ad L. 36. D. de V. S. Gundling de lite contestata I, 4. 5. G. L. Baudisius Progr. de allegationibus. Knorr D. de usu practico doctrinae J. R. de Praetore et judice pedaneo. I, 7. Hop de judicibus. p. 552. Kahle de L. C. in Aug. Cam. Imp. judicio, §. 3. Malblanc Consp. §. 10. u. a. m.

Die gewöhnlichere, vorzüglich von Winckler I, 2-4, und jetzt auch von Glück Opusc. II, p. 374 sqq., Commentar VI, §. 499 vertheidigte Meinung geht dahin, die L. C. sey coram Praetore geschehen. Die Sache ist sehr zweifelhaft, und zur Gewißheit wird man darüber wohl schwerlich je gelangen. Für die im §. vorgetragene Ansicht bestimmten mich vorzüglich folgende Gründe:

1) Die Definition der L. C. des früheren römischen Rechts bewahrt in unserem Gesetzbuche einzig L. un. C. de L. C. (3. 9) auf, und da heißt es denn: lis contestata videtur, cum judex ... Dagegen wendet man ein, unter judex werde hier der Prätor verstanden

a) Wegen L. 3. C. de edendo (2. 1), von welcher L. un. cit. nur einen Theil ausmacht, in der die Worte jus reddentis vorkommen, welche nur auf einen magistratus, nicht aber judex passen. Allein grade die Zusammenstellung dieser beyden Stellen spricht aufs deutlichste für unsre Darstellung. Die Kaiser Sever und Antonin wollten den Unterschied zwischen der editio actionis und L. C. in Hinsicht auf die Freyheit, die Klage abzuändern, darthun; edita actio, sagen sie daher, speciem futurae litis demonstrat, quam emendari vel mutari licet, prout Edicti perpetui monet auctoritas vel jus reddentis (also des Prätors) decernit aequitas, (nam) res in judicium deducta non videtur, si tantum postulatio simplex celebrata sit, vel actionis species ante judicium reo cognita. Inter litem enim contesta-

§. 3.

Einreden nach älterem römischen Rechte.

Die Einrede (exceptio, defensio) ist der Vortrag des Beklagten, durch welchen er die Klage ent-

---

tam et editam actionem permultum interest. Lis enim tunc contestata videtur, cum judex (also ein judex pedaneus im Gegensatz mit jus reddentis) per narrationem negotii causam audire coeperit. — Unglücklicherweise stellte man bisher diese Constitutionen umgekehrt, so daß ein Widerspruch zwischen judex und jus reddens herauskam.

b) Weil im C. J. unter judex mehrmals auch höhere Magistratspersonen verstanden würden; dies im Allgemeinen zugegeben, kann es aber hier nicht durchgreifen, wo Sever ex professo eine Definition giebt, und auch der ganze Zusammenhang, wie oben gezeigt wurde, gegen diese Erklärung wäre. Die von Winckler I, 4 als Belege citirten Stellen sind auch theils von weit späteren Kaisern, theils kommt das Wort judex in seinem weitesten Sinne in denselben vor, so z. B. officium judicis etc. Das allegirte Rescript Sever's aber in L. 1. C. de ord. judicior. (3 8) bedarf bekanntlich einer Emendation, Gothofred ad l. cit.

2) Das Wort judicium bedeutet bey den Römern ausgemacht in der Regel, die Verhandlung vor dem judex; von der L. C. finden wir aber allenthalben die Worte gebraucht, lis, res in judicium deducta, wäre sie in jure vorgenommen, müßte es heißen, res in judicium deducenda. So sprechen auch für uns viele einzelne Stellen im C. J., z. B.

a) L. 10. in fin. D. si quis cautionib. (2. 11). Idem Pomponius, si non post longum tempus decesserit, quia si ad judicium venisset, litem cum eo contestari actor potuisset.

b) L. 28. §. 4. D. de judiciis (5. 1). Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum judicium Praetor dare debet, ut lis contestetur . . . Diese Stelle sucht

weder blos vorläufig entfernen (exceptio dilatoria,

Winckler I, 4 in fin. durch seinen falschen Begriff von actionem dare aus dem Wege zu räumen, und selbst, damit ist hier nicht durchzukommen.

c) L. 30. eod.. Ubi acceptum est semel judicium, ibi et finem accipere debet, also auch umgekehrt, ubi finem accipit judicium, ibi et accipi debet, nun ist aber judicium accipere mit litem contestari gleichbedeutend, Cujac. Obs. IX, 21, und so mußte denn die L. C. vor dem judex geschehen, wegen L. 55. D. de re judic. (42. 1). Auf eine ähnliche Art sucht Winckler I, 3 das Gegentheil darzuthun, weil nehmlich beym Prätor das judicium dare vorkomme, müsse auch das suscipere da geschehen. Da aber nicht vom Geben und Annehmen eines körperlichen Dinges die Rede ist, kann ich diesen Schluß nicht anders als höchst unrichtig finden.

3) Sollten hier alle gegen unsre Ansicht aufgestellten Argumente gehörig durchgegangen und widerlegt werden, so erforderte dies eine eigne Abhandlung; hier nur Einiges darüber:

a) Die oben (S. 13. Not. 5.) allegirte Stelle des Festus steht uns keineswegs im Wege. Wissen wir denn so eigentlich die bestimmte Bedeutung der Worte judicium ordinare? Aus den zwey Stellen (L. 24. §. 3., L. 25. §. 2. D. de liber. causa (40. 12)), wo sie meines Wissens im C. J. vorkommen, wird man doch nicht mit solcher Bestimmtheit schliessen wollen? Doch, davon abgesehen, wie vag ist diese Stelle des Festus nicht! Wenn auch die L. C. vor dem judex geschah, konnte er immer sagen, sie ward ordinato judicio vorgenommen, und wie sehr natürlich konnten diese Worte in dem Sinne, besonders von einem Nichtjuristen, genommen werden; da doch erst, wenn die Partheyen vor den judex gekommen waren, das judicium wahrhaft seinen Anfang nahm. Uebrigens aber, eben der Allgemeinheit des Ausdruckes judicio ordinato wegen, den wir auch blos beym judicio liberali wieder finden, ließe sich hier vielleicht eine Conjectur rechtfertigen, vorzüglich da Festus blos in einem einzigen

translatio), oder abgesehen von der Wahrheit der

---

fehlerhaften Manuscripte auf uns gekommen ist; es würde nehmlich hier einen weit bestimmteren Sinn geben, wenn man statt ordinato, ordinario judicio läse, denn

b) Wenn unsre Gegner fragen, wie nach unserer Darstellung bey judiciis extraordinariis die L. C. geschehen sey? So fragen wir umgekehrt, ob sie denn wirklich glauben, es sey bey judiciis extraordinariis eine solche vorgekommen? und wie sie sich denn den Umstand erklären, daß durch die L. C. res in judicium deducta, und daß litem contestari mit judicium ac- und suscipere gleichbedeutend war, da doch bey judiciis extraordinariis bekanntlich gar kein judicium sensu proprio constituirt ward? Nach unsrer Darstellung konnte in solchen Fällen gar keine L. C. vorkommen, und darauf scheinen auch jene gesetzlichen Ausdrücke hinzudeuten.

c) Am wenigsten aber möchte uns L. 1. §. 2. D. de feriis (2. 12) entgegen stehen; cogendi sumus, sagt Ulpian, ad Praetorem venire, verum ad hoc tantum, ut lis contestetur. Freylich konnte die L. C. nicht eher vorkommen, bis die Verhandlung in jure zu Ende war, wie hätte lis können contestirt werden ante judicium datum? Diese Stelle sagt denn auch weiter nichts, als daß man gezwungen sey, in jure zu erscheinen, damit der Prätor judices geben, und vor diesen lis contestiret werden könne?

Eben so wenig können hier alle Einwürfe auf- und ausgeführet werden, die sich gegen die entgegengesetzte Meinung noch machen ließen; so sind die Anhänger derselben in Streit und Verwirrung über die Zeit, wann die L. C. geschehen sey? rc.

Noch giebt es Mitteltheorien in dieser Lehre, eine solche hat z. B. J. a Costa in Decret. V, 2. Schulting de recusat. judicis, Diss. II, X, 3 u. a. m. Allein diese alle durchzugehen, habe ich weder Zeit noch Lust; — Merkwürdig und ganz eigen ist Gönner's Ansicht von der römischen L. C., Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses, Aufl. 2, I, 23, §. 4. init.

sie begründenden Thatumstände, ganz oder zum Theil zerstören will (exceptio peremtoria, praescriptio sensu str.) (1). Die exceptiones dilatoriae, weil sie verhindern sollten, daß vom Präter jetzt noch die postulirte actio nicht gegeben werde (2), mußten gleich anfangs bey demselben, und konnten nie nach der L. C. vorgeschützt und verhandelt werden (3). Die exceptiones peremtoriae hingegen sollten entweder bewirken, daß der Präter sogleich selbst erkenne, und dem Kläger gar keine actio gebe, ungefähr so, wie unsere sogenannten prozeßhindernden Einreden, und dann mußten sie gewiß in jure und vor der L. C. vorgebracht werden (4), oder sie waren nicht von der Art; diese brachte denn der Beklagte in der Regel hinter des Klägers postulatio actionis vor (exceptionem postulabat), er bat den Präter in einer, nach der Verschiedenheit der Einrede verschieden vorgeschriebenen Formel, sie in seine Instruction für den judex mit aufzunehmen (5). Nothwendig war dies aber nur bey act. str. jur. Der judex mußte

(1) L. 2. pr. L. 22. pr. D. de except. (44. 1).

(2) Mittelbar gieng bey den meisten des Klägers Forderung für die Zukunft ganz verlohren, wenn die Klage eine plus petitio enthielt, §. 33. J. de act. (4. 6), §. 10. J. de except. (4. 13).

(3) L. 40, §. 3. D. de procurator. (3. 3), L. 52. pr. D. de judiciis (5. 1), Cujac. Obs. XVIII, 34, IX, 23, Donellus Comment. XXII, 9.

(4) Quintanaduegna de jurisdict. I, 4. No. 5, 6. J. H. Boehmer J. E. P. Lib. II. Tit. 25. §. 10.

(5) Brisson. de form. V, 74. Glück Opusc. II. p. 372. Nota 82.

sich nehmlich immer streng an die ihm vom Prätor gegebene Vorschrift halten, diese war aber bey den act. str. jur. so gefaßt, daß sie ihm gar kein arbitrium ließ (1), that sie also der Einreden des Beklagten keine Erwähnung, so konnte diese der judex auch nicht berücksichtigen. Wollte der Beklagte seine Einreden nun nicht verlieren, so mußte er sie bey diesen Klagen ante L. C. vorbringen. — Anders lautete die bey act. b. f. gegebene Instruction (2); diese ließ dem arbitrio judicis einen freyeren Spielraum, deshalb konnten bey diesen Klagen die vor dem Prätor ausgelassenen peremtorischen Einreden noch in judicio nachgeholt werden (3). Bey allen Klagen aber durfte man sich mehrerer Einreden zugleich bedienen, und diese konnten sogar unter sich im Widerspruche stehen (4), auch der Abläugnung des Klagegrundes hinzugefügt werden (5): sie mußten jedoch bey der act. str. jur. alle zusammen ante L. C. vorgeschützt werden, während sich bey den übrigen Klagen darüber keine Beschränkung fand, so daß sie willkührlich eine, nachdem die andere verworfen war,

(1) Sigon. I, 24. Gundling Exc. acad. I, 15. §. 50.

(2) Sigon. l. c.

(3) L. 38. D. de H. P. (5. 3), L. 23. §. 3. D. de cond. ind. (12. 6), L. 3. D. de resc. vend. (18. 5), L. 21. D. sol. matr. (24. 3), L. 84. §. 5. D. de leg. I. (30), Noodt de jurisd. I, 13 in fin.

(4) L. 5, 8. D. de exc. (44. 1), Donellus Comment. XXII, 8.

(5) L. 9. D. de exc. (44. 1), L. 43. pr. D. de R. J. (50. 17).

vorgeschützt werden konnten, welches leztere, de jure wenigstens, auch immer bey den exc. dilat. vor der L. C. statt fand (1).

§. 4.
Litis=Contestation und Einreden zu Justinians Zeiten.

Es ist das eigene Schicksal der Republiken, von ihren Formen überlebt zu werden; so hatte längst schon die römische Republik ihrem Wesen nach zu existiren aufgehört, und die republikanische Staatsverfassung war immer noch nicht ganz erloschen. Die frühern römischen Kaiser wagten es nicht, in die alten Formen offen und gradezu einzugreifen; listig und unvermerkt wußten sie die öffentliche Freyheit zu untergraben, bis endlich kaum ein Schatten mehr davon übrig blieb. — Auch die Gerichtsverfassung traf ein ähnliches Loos mit der Staatsverfassung. Prätoren blieben, dem Nahmen, nicht der Sache nach, nur traurige Überreste ihrer ehemaligen Größe wurden ihnen gelassen, ihre Hauptfunctionen aber anderen Staatsbeamten übertragen. — Auch das Institut der judices pedanei blieb diese ganze Periode hindurch bestehen, verlohr aber immer mehr und mehr seine ursprüngliche Bedeutung, und nahm endlich eine ganz andere Gestalt an. Schon frühe wählten sie die Kaiser selbst durch die Prätoren, und

---

(1) Gonz. Tellez ad Decret. II, 25. c. 4. §. 9 sqq., Stryk de L. C, eventuali, §. 5.

wußten sie bald gänzlich von sich abhängig zu machen (1). So finden wir auch ihrer Decurien zuletzt unter M. Aurel Antonin erwähnt (2), und es scheinen die Prätoren späterhin für den concreten Fall immer einen beliebigen judex gegeben zu haben (3). Den letzten Stoß brachten aber diesem Institute die Kaiser Diocletian und Maximian bey. Früher schon waren viele cognitiones, extraordinariae geworden (4), sie schrieben nun vor: die Präsides der Provinzen sollten in allen den Fällen, wo sie sonst judices geben mußten, nun selbst sprechen, es sey denn, daß überhäufte Geschäfte sie daran verhinderten, dann sollten sie einen judex pedaneus, wenn sie es ehemals konnten, noch geben können, mit Ausnahme bey Streitigkeiten über Ingenuität und Libertinität (5). Diese Verordnung, welche die judicia extraordinaria zur Regel erhob, mochte großentheils dazu beytragen, daß mit der eigentlichen Bestimmung und Function der judices pedanei eine totale Veränderung vorgieng. Einerseits scheinen sie in delegirte Richter in eigentlicher Bedeutung, bey denen von einer vom Präses vorgeschriebenen Instruction, und einem auf diese eingeschränkten Erkenntnisse

---

(1) Sueton. in Claud. c. 15, in Galba c. 14, in Domitian. c. 8, Plinius Hist. natur. XXIX, 1.

(2) Gruterus Inscript. p. 487.

(3) Hop de judicibus c. ult. Malblanc Conspect. §. 22.

(4) Tit. D. de extraord. cognit. (50. 13).

(5) L. 2. C. de ped. judic. (3. 3).

gar nicht die Rede seyn konnte, ausgeartet zu seyn, weshalb auch Theodos die exceptio non impetratae actionis aufhob (1), weil eine impetratio actionis sensu proprio (oben S. 11. Not. 4.) doch nicht mehr vorkommen konnte, diese also irgend eine gehalt- und nutzlose Formalität gewesen zu seyn scheint; anderseits bildeten sie sich zu einem stehenden Amte mit einem bestimmten Wirkungskreise aus. So hatten schon unter Julian die Präsides die Befugniß, ein für allemal judices pedanei zu bestellen, an welche Bagatellsachen, ohne erst beym Präses darüber zu verhandeln, gebracht wurden (2);

(1) L. un. C. Th. de omissa actionis impetratione (2, 3), L. 2. C. de form. et impetr. (2. 58).

(2) L. ult. C. de ped. judic. (3. 3). — Die hier gegebene Erklärung dieser Stelle weicht ganz von der gewöhnlichen ab, welche sich auch noch findet in einem kürzlich erschienenen Programme, v. Löhr, Uebersicht der das Privatrecht betreffenden Constitutionen der römischen Kaiser p. 42. Jedoch rechtfertigt sich unsre Darstellung aus dem ganzen Zusammenhange des Gesetzes. Der Kaiser rescribirt einem Praef. Praet.: quaedam sunt negotia, in quibus superfluum est, moderatorem expectare provinciae, in gewissen Streitigkeiten soll man nicht erst den Präses der Provinz erwarten müssen, ideoque pedaneos judices, hoc est, qui negotia humiliora disceptant, constituendi damus Praesidibus potestatem, deshalb sollen die Präsides die Befugniß haben, judices pedanei, welche Bagatellsachen entscheiden, zu bestellen. Die Absicht des Gesetzes ist grade die, man sollte bey solchen Kleinigkeiten der Mühe überhoben seyn, sich an den Präses selbst zu wenden, und deshalb sollten judices für dergleichen Sachen ein für allemal bestellt werden; so finden wir auch das Wort constituere gewöhnlich bey einer Amtsbestellung in dieser Bedeutung, L. 2. §. 4; 23. D. de O. J. (1. 2), L. 1. D. de jurisd. (2. 1).

Zeno ordnete bestimmte judices den einzelnen Gerichten bey (1), und so hatten sie zu Justinians Zeiten in ihrer ursprünglichen Bedeutung zu existiren aufgehört (2).

Tief griff dieses Institut in das ganze gerichtliche Verfahren ein. Vieles, was vorher nothwendig war, konnte jetzt als unnüz wegfallen, und Manches eine andere Gestalt annehmen. Den unmittelbarsten Einfluß mußte aber die mit der Natur der judices vorgegangene Verwandlung auf die Lehre von den Einreden haben. Die dilatorischen Einreden mußten zwar auch in dieser Periode, weil sie zu den Vorbereitungen des Prozesses gehören, gleich anfangs vorgeschützt werden (3), bey diesen war es also ganz beym Alten geblieben, nicht so bey den peremtorischen. Diese könnten an sich, so lange die gerichtliche Verhandlung dauert, vorgeschützt werden (4). Um diese natürliche Freyheit zu beschränken, bedürfte es einer gesetzlichen Vorschrift. In der früheren Periode des römischen Rechtes konnten sie auch in judicio zuerst vorgebracht werden, mit Ausnahme bey act. str. jur., der engen Formel der vom Prätor gegebenen Instruction wegen (oben §. 3). Gab nun der Prätor keine

---

(1) Nov. 82. c. 1 pr.

(2 §. ult. J. de interd. (4. 15). In einer ganz andern Bedeutung kommen sie in Nov. 82 vor.

(3) L. 65. C. Th. de appell. (11. 30), L. 4 C. de jurisd. omn. judic. (3. 13), L. 12, 13 C. de except. (8. 36), N. 53. c. 3.)

(4) Cujac. Obs. XVIII, 34 in fin.

Instruction mehr, so mußte diese Beschränkung natürlich von selbst wegfallen, deshalb finden wir auch im ganzen C. J. keine Stelle, welche sagte, die peremtorischen Einreden müßten gleich anfangs vorgeschützt seyn (1): so daß dieses an sich schon erlaubt seyn müßte, sagten es nicht mehrere Gesetze ausdrück-

(1) Die historische L. 23. §. 3 D. de cond. indeb. (12. 6) ausgenommen. — Viele allegiren noch hierher

1) L. 9 C. de praesc. l. t. (7. 33); allein die Worte, cujus initio contestationem haberi sufficit, wollen keineswegs sagen, die exceptio praescriptionis müsse ante L. C. vorgeschützt seyn, sondern nur, es reiche hin, wenn sie anfangs blos vorgeschützt sey, der Beweis aber brauche erst nach gehörig begründeter Klage geführt zu werden, und so liegt der Nachdruck nicht auf initio, sondern auf contestationem haberi. Der ganze Zusammenhang der Stelle, so wie das Wort sufficit zeigen klar die Richtigkeit dieser Auslegung.

2) L. 8. C. de exc. (8. 36); praescriptionem peremtoriam, quam ante contestari sufficit, omissam, priusquam sententia feratur, objicere quandoque licet. Hier kommen dann die Worte quam ante contestari sufficit ganz in der eben angegebenen Bedeutung vor. Da nun diese Stelle eine andere Erklärung gar nicht zuläßt, so weiß sich Donellus Comment. XXII, 8 nicht anders zu helfen, als daß er unter praescriptio omissa, praescriptio dilata verstanden wissen will. Für diese Erklärung des Wortes omittere ist mir auch nicht eine einzige Stelle bekannt, dagegen sind aber alle Gesetze, in welchen dieses Wort vorkömmt, Brisson. de V. S., h. v, vorzüglich L. 10. §. 12, L. 29. pr. §. 4. D. mandati (17. 1), L. 39. D. fam. ercisc. (10. 2). Ganz dasselbe gilt von

3) L. 9. C. de exc. (8. 36), ebenfalls ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian, von welchen auch obige zwey Stellen herrühren.

Dieselbe Darstellung fand ich auch wieder bey Gonz. Tellez ad Decr. II, 25. c. 12. no. 7.

lich (1). Sonst ward in dieser Lehre nichts verändert, als daß die peremtorischen Einreden jetzt immer willkührlich eine nach der andern vorgebracht werden konnten, weil sich dies nirgendwo untersagt findet.

Was die L. C. (2) anbetrifft, so blieb zwar der Nahme unverändert, wie aber Glück (3) sagen kann, auch ihr Wesen sey unverändert geblieben, ist mir unbegreiflich. Das Wesen derselben bestand ja gerade darin, daß durch sie die Sache in judicium gebracht ward, alle ihre Wirkungen (4) mochten sich vielleicht

(1) L. 2. C. sententiam rescindi (7. 50), L. 4, 8. C. de exc. (8. 36). — Ich fühle keinen Beruf, mich mit Noodt Probab. II, 1, de jurisd. I, 15 in die Untersuchung einzulassen, ob sich ursprünglich diese Stellen blos auf b. f., oder auch auf str. jur. act. bezogen? Noch viel weniger aber mit Gonz. Tellez l. c. No. 9. aus L. 2. cit. zu behaupten, Salvius Julianus habe im Edicto perpetuo die Regel aufgestellt, die anfangs vergessenen exceptiones peremtoriae könnten immer ante sententiam vorgeschützt werden. Genug, Justinian nahm diese Constitutionen in ihrer Allgemeinheit in seinen Codex auf, und zwar, wie es scheint, vorsätzlich, weil sie eine allgemeine Regel für seine Zeit enthielten; ich kann daher nicht glauben, daß diese Auslegung Justinian's eigner Absicht widerstreite, wie das Thibaut, Theorie der logischen Auslegung, Aufl. 2. §. 38, als ausgemacht ansieht. — Ueberhaupt sollte man die bekannte Interpretationsregel bey den mehrsten Stellen des Codex, daß sie sich als Rescripte auf einen concreten Fall beziehen, nur mit der größten Behutsamkeit anwenden, und doch sind unsre Juristen mit nichts schneller bey der Hand, als grade mit dieser Regel.

(2) Ueber die mit den Wirkungen der L. C. dem Regenten überreichte Supplik. Glück Commentar, VI, p. 171 sqq., Winckler I, 10 in fi.

(3) a. a. O.

(4) Pütter de praeventione III, 25. Winckler II.

ursprünglich einzig aus diesem Umstande entwickelt haben; wenn nun zwischen jus und judicium kein Unterschied mehr existirte, wenn die ganze gerichtliche Verhandlung nur vor einem Richter geschah, sollte da nicht gerade das Wesen der L. C. völlig verändert seyn? Um so mehr, als es scheint, daß unter den Kaisern eine Zeit lang die L. C. ganz verschwunden, und die Litis-Denuntiation, in effectu wenigstens, an ihre Stelle getreten war? (1)

Auch die äußere Feierlichkeit der Zeugen-Anrufung konnte jetzt, da die ganze Instanz vor demselben Richter verhandelt ward, als überflüßig hinwegfallen, und so ist denn nach dem neusten Justinianeischen Rechte die L. C. die, dem Richter vom Kläger gemachte Erzählung der Sache, nebst dem von Seiten des Beklagten darauf erfolgten Widerspruche (2) nach vorher gehörig beobachteten Fristen und Förmlichkeiten (3).

(1) Was hier auszuführen nicht der Ort ist. — Ueberhaupt ist der Mangel einer guten Darstellung des gerichtlichen Verfahrens unter den späteren Kaisern in unsrer Litteratur sehr fühlbar.

(2) Narratione proposita et contradictione objecta, L. 14. §. 1. C. de judiciis (3. 1), L. 2. C. de jurejur. propt. calumn. (2. 59).

(3) Nov. 53. c. 3, Nov. 96. c. 1, Auth. Offeratur und Libellum C. de L. C. (3. 9). — Anders stellt die Definition Hahn de necessitate et utilitate L. C. specialis I, 8, indem er eine Folge der L. C., die Justinian vorzüglich heraushob, die Litispendenz, mit in die Definition aufnimmt, hingegen die bey Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebnen Fristen und Förmlichkeiten davon ausschließt.

§. 5.

In wie fern enthalten peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage?

Über diese Frage stritt man schon zu den Zeiten der Glossatoren (1) und konnte man immer noch nicht einig werden. Doch wird gewöhnlich bey ihrer Beantwortung römisches und kanonisches Recht durcheinandergeworfen, so daß man die römischen Gesetze, durch päbstliche, und diese dann wohl gar durch Reichsgesetze zu erläutern sucht, ohne sich im geringsten um den verschiedenen Geist dieser verschiedenen Legislationen zu kümmern. —

Daß nach römischem Rechte das blose Vorbringen einer Einrede an und für sich kein Eingeständniß der Klage involviret ist, ist gewiß (2); eben so wenig waltet darüber ein Streit ob: in wie fern unter sich im Widerspruche stehende Einreden mit einander, und ob der Abläugnung der Klage widersprechende zugleich mit derselben vorgebracht werden können? Dies wird meines Wissens von niemand in Abrede gestellt (3). Nur darüber ist man uneinig, ob aus dem Inhalte einer, ohne ausdrückliches Gestehen oder Läugnen der der Klage zum Grunde liegenden That-

(1) Die ältere Literatur über diese Controverse findet sich verzeichnet bey Pacianus Tr. de probationibus I, 22.

(2) L. 9. D. de exc. (44. 1), L. 9. C. eod. (8. 36).

(3) Wegen L. 5, 8. D. de exc. (44. 1), L. 43. pr. D. de R. J. (50. 17), L. 9. C. de exc. (8. 36) und dem Begriffe der exceptio.

sachen, vorgebrachten peremtorischen Einrede, ein solches Geständniß überhaupt gefolgert werden dürfe, z. B. aus der exceptio solutionis das erhaltene mutuum? Allein es scheint dieser ganze Streit, was das römische Recht angeht, de lana caprina geführt zu seyn, in so fern nehmlich, als sich den Römern diese Frage wohl schwerlich je in praktischer Wichtigkeit darbieten konnte. Schon der Umstand, daß wir im ganzen C. J. darüber keine Entscheidung finden (1), hätte auf die richtige Idee leiten sollen, von der man doch warlich nicht eben sagen kann, daß sie so sehr versteckt liege. Die gerichtliche Verhandlung geschah bey den Römern mündlich; ließ nun der Beklagte den Grund der Klage unbeantwortet, und ließ der Kläger dies auch hingehen, so gab das doch der Prätor auf keinen Fall zu; diesem war natürlich daran gelegen, zu wissen, ob etwas geläugnet oder eingestanden sey, weil er lezteres nicht noch einmal in die Instruction zu bringen, und dem judex pedaneus zur Untersuchung vorzulegen brauchte (2): er also hielt den Beklagten in einem solchen Falle zur gehörigen Beantwortung des Klagegrundes an (3).

---

(1) Denn die von Donellus ad L. 1. C. de probat. dafür allegirte L. 12. D. de probat. (22. 3) redet, wie Franzke L. 2. Resol. 18 zeigt, gar nicht von diesem Falle. Eben so wenig möchten hier direct L. 37. D. fam. hercisc. (10. 2), L. 9. D. de exc. (44. 1). L. 9. C. eod. (8. 36) entscheiden, Cujac. Obs. IX, 36. Gönner II. 36. §. 5.

(2) Tit. D. de confessis (42. 2), Tit. C. eod. (7. 59).

(3) L. 6. §. 1. D. de confessis (42. 2), L. 9. §. 1. 6. L. 11. §. 9. D. de interr. in jure (11. 1).

Doch auch in der späteren Periode kamen diese von Amtswegen vorgenommenen Interrogationes gewiß nicht ausser Gebrauch, sie liegen zu sehr in der Natur der mündlichen Verhandlung vor dem Richter, auch läßt sich weder aus den mit dem römischen Prozesse vorgegangenen Veränderungen, noch aus irgend einem Gesetze auf ihre Abschaffung schließen (1).

Sollte aber unsere Frage aus dem Geiste des römischen Rechts in dieser Lehre beantwortet werden, so dürfte dies allerdings verneinend geschehen müssen. Exceptio est, sagt Cujacius (2), intentio rei opposita intentioni actoris, die Einrede ist eine gegen des Klägers Klage gerichtete Klage des Beklagten. So sonderbar diese Definition auch klingen mag, so richtig ist sie aus dem Geiste dieser Lehre aufgegriffen. Die peremtorische Einrede soll nicht, wie das Läugnen, die Klage als gar nicht existirend darstellen, sondern die existirende Klage auf allen Fall durch das Vorbringen neuer Umstände zernichten. Das Läugnen läuft, wenn ich mich so ausdrücken darf, der Klage in gerader, die Einrede in schiefer Richtung entgegen; so daß leztere die Klage immer als schon begründet voraussezt: nicht als ob ich damit sagen wollte, sie räume immer den factischen Grund der

(1) Niemand wird es wohl einfallen, L. 1. §. 1. D. de interr. in jure (11. 1) auf vom Richter gethane Fragen beziehen zu wollen, man verstehe nun diese Stelle, wie man wolle, Glück Commentar XI. §. 746. Man vergleiche übrigens L. 1. C. Th. de judiciis (2. 18), L. 3. C. eod. (3. 1).

(2) Paratit. ad tit. C. de except.

Klage ein, gerade umgekehrt, sie räumt ihn an sich weder ein, noch läugnet sie ihn ab, vielmehr steht sie mit den die Klage begründenden factis gar nicht in Berührung, und setzt sie als anderswo her in rechtliche Gewißheit gesezt zum voraus. In ihr selbst aber kann, ihrer Natur nach, nie ein Eingestehen der Klage enthalten seyn, was sich am klarsten darin ausspricht, daß sie immer sowohl mit dem ausdrücklichen Läugnen, als mit dem Eingestehen der Klage verträglich ist. — Eben so wenig stehen auch die einzelnen vorgeschützten peremtorischen Einreden mit einander in Verbindung, eine jede einzelne ist ein für sich bestehender Angriff auf die als begründet supponirte Klage, und so können sie auch unter einander im Widerspruche stehen. In demselben Geiste überträgt der Römer dem excipirenden Beklagten in gewisser Hinsicht die Rolle des Klägers, und dem, uneigentlich replicirenden Kläger die des Beklagten; ganz derselbe Gesichtspunkt liegt zum Grunde, wenn erst nach gehörig geführtem Beweise der Klage die Einrede in Betracht kommen soll. Kurz, es ist diese Ansicht mit der bewunderungswürdigsten Consequenz durch die ganze Lehre von den Einreden im römischen Rechte durchgeführt (1), und aus ihr ergiebt sich die verneinende Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage von selbst.

---

(1) Sehr gut aufgegriffen in Gönner I, 23. — Gänzlich verfehlt die wahre Ansicht Krüll, Prüfung einzelner Theorien des bürgerlichen Rechts, II, 2.

Zweyter Abschnitt.

Kanonisches Recht.

§. 1.

Ueber die Litis-Contestation.

Die geistliche Gerichtsbarkeit war ursprünglich blos eine schiedsrichterliche (1). Einfach und kurz war das Verfahren vor den geistlichen Gerichten, verbannt aus denselben das ganze Formular-Unwesen (2). Als sich nun im zwölften und dreyzehenten Jahrhunderte das Studium des römischen Rechts so gewaltig emporhob, war nichts natürlicher, als daß es auch auf das kanonische Recht einen entschiedenen Einfluß äußern mußte. So sehr der Mensch auf der einen

---

Hätte er sich, wie die Ueberschrift der Abhandlung verheißt, auf den Umfang der Begriffe der Sache selbst beschränkt, ich hätte mir nicht einmal die Mühe gegeben, etwas darüber zu sagen, weil ich nichts Lächerlicheres kenne, als über so positiv bestimmte Lehren, wie die der Einreden, aus der Natur der Sache raisonniren und deduciren zu wollen Wenn aber die Natur der Sache ihm nichts anders heißen soll, als der gesetzliche Geist dieser Lehre (Krüll a. a. O. §. 10. a. E.), so ist hier gewiß die Bemerkung an ihrem Orte, daß er diesen höchlich verkennt, und endlich doch wieder aus dem Umfange der Begriffe, den er von der Sache hat, abstrahiret, statt von demselben zu abstrahiren. Sein ganzes Raisonnement fällt mit der einzigen Bemerkung, daß die Einrede, der gesetzlichen Ansicht nach, den factischen Grund der Klage gar nicht berührt, und ihn als anderswo her begründet, zum voraus setzt.

(1) J. Gothofredus ad L. 1. C. Th. de judicio episcopali. Van Espen, J. E. U., T. II, P. III, Tit. VII, c. 1, §. 1, 2.

(2) c. 2. X. de sent. et re judic. (2. 27). c. 6. X. de judiciis (2. 1), Knodt de positionib. I, 1.

Seite am Alten, Hergebrachten hängt, eben so sehr ist er auf der andern den Neuerungen ergeben: dies lehrt uns die ältere, dies die neueste Geschichte der Jurisprudenz. Auch damals suchte man das Alte dem Neuen anzupassen, und sollte es auch nur dem Nahmen nach seyn. Dies war denn auch bey den Prozeßnormen der Fall. Schon in Hinsicht auf den neuesten römischen Prozeß enthält Justinians Compilation gar Manches antiquarische, noch weit weniger war Vieles dort Enthaltene dem Geiste des kanonischen Rechts angemessen; man schob daher beyde Legislationen, so gut es gehen wollte, in einander, und so bildete sich diese Lehre im kanonischen Rechte, noch durch Zeit und Umstände verändert, auf eine eigene Art aus. Es hat zwar der neuere kanonische Prozeß mit dem neueren römischen viel Ähnliches: er nähert sich aber auch schon weit mehr unserem schriftlichen Verfahren durch die, der damaligen Verfassung der geistlichen Gerichte nach, nothwendige Vorschrift, alle gerichtlichen Verhandlungen ad protocollum zu nehmen (1); so wie durch die schriftlich eingereichten Positionen, Beweis-Artikel ꝛc. (2) — Wie so vieles Andere, so gieng auch der Nahme L. C. aus dem römischen in das kanonische Recht über: dem Geiste nach unterscheidet sich aber die kanonische L. C. gar sehr von der römischen. Zwar ist die von den Päbsten gegebene

(1) c. 11. X, de probat. (2. 19).

(2) Clem. Saepe, de V. S. (5. 11). Tancredus de ordine judicior. L. III. Tit. 5. §. 2.

Definition derselben (1) ganz der Justinianeischen (2) nachgebildet: allein sie ist auch keineswegs die wahrhaft passende. Selbst im neuesten römischen Rechte war die L. C. nur als äußere Förmlichkeit wichtig, in so fern nehmlich, als an dieselbe wichtige Folgen geknüpft waren: ihr innerer Gehalt kam gar nicht in Betracht. Daher waren auch die vom Beklagten vorgebrachten peremtorischen Einreden gewiß mit unter dem Nahmen L. C. begriffen. Das kanonische Recht dagegen giebt ihr eine weit höhere Bedeutung, und berücksichtigt mehr den Inhalt als die Form derselben; es soll nemlich aus ihr der Richter ersehen, in wie fern der Klagegrund geläugnet, oder eingestanden ist. Darum finden wir hier zuerst die exceptio peremtoria scharf von der L. C. getrennt, und ihr als Antithese entgegengesetzt (3), so, daß freylich jeder L. C. eine Klage vorhergehen mußte: aber diese war es nicht, was eigentlich die L. C. machte, sondern die Beantwortung derselben durch den Beklagten war es, welche die eigentliche L. C. bildete, wie sich dies theoretisch aus dem kanonischen Rechte gar leicht darthun läßt. So war z. B. fast in allen, im Tit. X. ut lite non contestata (2. 6.), aufgezählten Fällen die Klage eingereicht, der Beklagte aber hatte gar

(1) c. 54. §. 3 X. de elect. (1. 6); c. un. X. de L. C. (2. 5.)

(2) L. 2. C. de jurejur. propt. calumn. (2. 59); L. 14. §. 1. C. de judic. (3. 1).

(3) c. 1, 2 de L. C. in 6to (2. 3).

nicht geantwortet, oder doch nur Einreden vorgebracht, und da ward denn natürlich immer lis pro non contestata angesehen. Hätten nun die Päbste eine richtige Definition der L. C. aufstellen wollen, so hätten sie nicht das Justinianeische Recht copiren müssen, wo die L. C. wirklich eine Bilateralhandlung war, nicht der Klage in ihrer Definition Erwähnung thun dürfen, weil jede Antwort diese von selbst voraussezt, sie an sich aber nicht die L. C. ausmacht: vielmehr hätten sie die L. C. als die gerichtliche Antwort des Beklagten auf die der Klage zum Grunde liegenden facta kürzer und richtiger definiren können. Diese L. C. durfte bey keinem ordentlichen Prozesse fehlen, ehe sie geschehen war, konnte in der Regel weder ein Zeuge abgehört, noch eine sententia definitiva publizirt werden (1); auch konnte sie der Beklagte nicht verweigern, wenn er nicht exceptiones dilatorias, oder litis ingressum impedientes hatte (2). Das Vorbringen einer blosen peremtorischen Einrede hieß weder L. C., noch konnte es von der Verbindlichkeit, gehörig litem zu contestiren, befreyen (3). Doch brauchte der Beklagte nicht auf

(1) Tit. X ut lite non contestata (2. 6), c. 54. X. de elect. (1. 6), c. 62, X. de appell. (2. 28).

(2) c. 4, 7 X. de exc. (2. 25), c. 1. 2 de L. C. in 6to (2. 3). — Von einer eventuellen L. C. weiß das kanonische Recht noch nichts, Stryk de L. C. eventuali, §. 6, J. H. Boehmer J. E. P. Lib. II. Tit. 5. §. ult.

(3) c. 2 de L. C. in 6to (2. 3).

alle, die Klage begründenden Thatsachen, specifice zu antworten, vielmehr reichte eine allgemeine Beantwortung derselben hin (1). Da nun diese die Sache in der Regel nicht hinlänglich aufklärte, so, daß von Manchem der Beweis aufgelegt werden mußte, was der Gegner gar nicht geläugnet hatte; so führte ein uralter Gerichtsgebrauch (2) die den römischen interrogationes in jure (oben S. 7. Not. 5.) nachgebildeten Positionen (3) ein. Dies waren Sätze, welche die eine Parthey der andern über die von derselben zu beweisenden facta nach geschehener L.C. (4) und abgelegtem Eide gerichtlich vorlegte, um von dieser eine bestimmte, eidlich bestärkte Antwort über ihre Wahrheit oder Unwahrheit zu erhalten. Das Verfahren dabey war in den früheren Zeiten folgendes (5). Nach geschehener L. C. mußte der Ponent eidlich auf Befragen des Richters betheuern, daß er die eingereich-

---

(1) Durandi Specul. jur. (in der von mir benutzten Edition, Frfurt 1592 Fol.) Lib. II. p. 212 sqq. Damhouder Praxis rer. civ., c. 120, J. H. Boehmer l, c. §. 5.

(2) Clem. Saepe, de V. S. (5. 11).

(3) Tancredus III, 3 §. 2, J. P. de Ferrariis Praxis pap. (in der von mir benutzten Auflage, Frfurt 1570, Fol.) p. 113 sqq, Stryk U. M. P., XI, 1 §. 39 sqq, J. H. Boehmer l. c. §. 8 sqq; Quistorp kleinere juristische Schriften I, p. 12 sqq, Glück Commentar XI, p. 293 sqq.

(4) c. 54 §. 3 X. de elect. (1. 6), c. un. X. de L. C. (2. 5). Eine Ausnahme, wo ohne L. C. Positionen vorkommen können, in Clem. Saepe de V. S. (5. 11).

(1) Tancredus l. c.

ten Positiones (1) für wahr halte, eben so der Gegner eidlich antworten (2), er mochte nun läugnen oder eingestehen; diese seine Antwort mußte jedoch klar und deutlich seyn. Fiel diese denn bejahend aus, so brauchte über das Eingestandene kein weiterer Beweis geführt zu werden. Dasselbe trat ein, wenn der Beklagte nach abgelegtem Eide und gegen den richterlichen Befehl die Positionen unbeantwortet ließ, da diese jetzt als eingestanden angenommen wurden; läugnete er sie hingegen, so konnten sie anderswoher noch erwiesen werden. Sowohl die Positiones als Responsiones wurden aber, und zwar in späteren Zeiten ohne allen Zweifel, schriftlich übergeben (3); auch ward ihr Gebrauch so häufig, daß sie als ein substantiale processus betrachtet wurden (4), und nichts war natürlicher. Dem Kläger war durch die generelle L. C. auch das Geringste nicht eingestanden, so daß ihm der Beweis seines ganzen Klagegrundes oblag. Nun ist aber das Lästigste in einem jeden Prozesse das Beweisführen: die Positionen boten ein Mittel dar, sich dieser Bürde möglicherweise zu entladen, ohne daß man sich auf allen Fall im geringsten dadurch präjudicirete, was konnte also der Kläger Besse-

---

(1) Ueber die Art, wie sie gefaßt seyn mußten, Durandus L. II, p. 232, Knodt de position. c. 2.

(2) Hierüber Durandus l. c., p. 233, Knodt l. c., c. 3.

(3) Damhouder c. 152 No. 19, c. 154. No. 2.

(4) Arg. Clem. Saepe de V. S. (5. 11), Damhouder c. 152, No, 3.

res thun, als seinem Gegner Positionen vorlegen? In der nemlichen Lage befand sich dieser in Hinsicht seiner Einreden; bey Replik, Duplik rc. trat ganz dasselbe Verhältniß ein; und so mußte es kommen, daß mit der Zeit die Positionen und Responsionen einen großen Theil des ganzen Prozesses ausfüllten.

§. 2.

Ueber die Einreden.

In dieser Lehre weicht das kanonische Recht vom neuesten römischen nur wenig ab; mit dem Begriffe und Wesen der Einreden gieng gar keine Veränderung vor, und so bleibt nur Einiges hier zu bemerken.

Dilatorische Einreden waren in der Regel (1) vor der L. C. vorzuschützen und zu verhandeln (2), und konnten nur eine nach der andern vorgebracht werden; da man dieses aber leicht zur Verzögerung der Prozesse benutzen konnte, so schrieb Innocenz III. vor, daß alle zugleich in Einem, vom Richter zu bestimmenden Termine, in der Regel vorgebracht werden müßten (3). Peremtorische Einreden konnten noch sowohl vor, als nach der L. C. vorgeschützt werden (4). Es findet

(1) Ausnahmen bey J. H. Boehmer, Lib. II. Tit. 25. §. 4.

(2) c. 20. X. de sent. et re judic. (2. 27), c. 62. X. de appell. (2. 28), Gonz. Tellez ad Decr. II, 25. c. 12. No. 10.

(3) c. 4. X. de exc. (2. 25), Gonz. Tellez ad h. cap. No. 9 sqq.

(4) Gonz. Tellez II, 25, c. 12. No. 11.

sich über die Art, wie es geschehen mußte, keine Neuerung, so, daß sie immer noch eine nach der andern vorgebracht werden konnten; sie kamen auch nur nach gehörig begründeter Klage in Betracht (1), wurden hier aber zuerst der L. C. entgegengesetzt, was eigentlich eine Folge des veränderten Begriffes der L. C. war, wie im vorhergehenden §. gezeigt worden ist. Einige derselben hob das kanonische Recht besonders als litis contestationem impedientes, obschon nicht mit gehöriger Klarheit, heraus (2). Sonst ward über diese Lehre nichts Neues vorgeschrieben.

§. 3.

In wie fern enthalten peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage?

Nicht weniger als nach dem römischen, ist diese Frage nach kanonischem Rechte bestritten (3): doch mit ungleich größerem praktischen Interesse. Zwar geschah auch in dieser Periode die Verhandelung vor Gericht regelmäßig mündlich, und der Richter konnte den Partheyen Fragen vorlegen, um die Sache ins gehörige Licht zu setzen (4); allein die judices ordi-

(1) c. 3. in fin. X. de causa poss. (2. 12), J. H. Böhmer Lib. II, Tit. 20. §. 43. — Nach Durand. Lib. II, p. 164 konnte jedoch der Richter zur Vorbringung aller peremtorischen Einreden einen Termin anberaumen.

(2) c. 1, 2 de L. C in 6to (2. 3), J. H. Boehmer Lib. II, Tit. 25. §. 9 sqq, Gönner IV, 78. §. 3-6.

(3) Auch hierüber die ältere Litteratur bey Pacianus Tr. de probat. I, 22.

(4) J. H. Boehmer Lib. II, Tit. 5. §. 7.

narii und delegati der damaligen Zeit scheinen eben nicht die größten Juristen gewesen zu seyn, so, daß sie nie hätten sollen die eine oder die andere Unregelmäßigkeit in einem Prozesse passiren lassen: in den oberen Instanzen geschah wegen der Entfernung des bischöflichen Sitzes ꝛc. vom Wohnorte der Partheyen die gerichtliche Verhandlung meistens durch Procuratoren, die denn nicht weiter antworten konnten, als sie instruirt waren, was sie denn oft ziemlich unvollständig seyn mochten; auch die Positionen konnten in allen solchen Fällen nicht aushelfen, weil sie, ihrem Begriffe nach, nur nach geschehener L. C. zur Beförderung des Beweises dienten (1); und so konnte es nicht ausbleiben, daß sich unsere Frage in der damaligen Praxis aufwarf. Die Beantwortung derselben ist jedoch nach kanonischem Rechte noch weit weniger Zweifel unterworfen, als nach römischem. Es bleiben nicht allein alle Gründe, welche diese Frage schon nach römischem Rechte verneinend beantworten ließen, auch hier, bey nicht verändertem Wesen der Einreden, fortbestehen; sondern es erfordern es auch der Geist des kanonischen Rechtes in der Lehre von der L. C., und ausdrückliche Bestimmungen, die sich in denselben finden, daß sie durchaus verneint werden muß.

Das Eingestehen eines die Klage begründenden facti ist nichts anders als eine ganze oder theilweise bejahende Beantwortung derselben: in der

(1) Stryk U. M. P. XI, 1. §. 44. J. H. Boehmer l. c. §. 10.

Antwort des Beklagten auf die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen aber liegt eben die L. C. des kanonischen Rechts (oben II. 1.). Fragt man nun, in wie fern enthalten peremtorische Einreden ein Eingeständniß der Klage? so heißt das nichts anders, als in wie fern kann eine bejahende L. C. in dem Vorbringen peremtorischer Einreden enthalten seyn? Und hierauf antwortet Bonifaz VIII. (1) ganz bestimmt: Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria (ohne irgend einen Unterschied) proponatur, nequaquam per hoc l. c. intelligitur esse facta (weder eine bejahende noch eine verneinende) imo ea non obstante . . . fieri oportebit eandem; und diese Entscheidung ist denn gewiß höchst consequent, wie oben (II. 1.) schon gezeigt ist. Auch finden wir sie im kanonischen Rechte als Regel allgemein aufgestellt (2), und in concreto bey einem einzelnen Falle zur Anwendung gebracht (3), so daß aus dem Allen klar hervorgeht, es kann nach kanonischem Rechte aus dem Inhalte einer peremtorischen Einrede nie ein Geständniß der Klage gefolgert werden (4).

---

(1) c. 2. de L. C. in 6to (2. 3).

(2) c. 63. de R. J in 6to (5. 12).

(3) c. 6. X. de exc. (2. 25).

(4) Dies räumt selbst Gönner II, 36 §. 6 ein, obschon er, wie es scheint, in den Geist des kanonischen Rechtes nicht eingedrungen ist. — Nicht so Krüll in der oben S. 30. Nota 1 citirten Abhandlung §. 11. Dieser räth, der Sache

Dritter Abschnitt.

Reichsgesetze.

§. 1.

Einleitung.

Die Lehren von der L. C. sowohl als von den Einreden verdanken ihre wissenschaftliche Existenz einzig dem römischen Rechte, von da giengen sie in das kanonische Recht, und aus diesem in die Reichsgesetze über; alles daher, was den ursprünglich deutschen Prozeß angeht, was sich aus den der Bekanntwerdung des römischen und kanonischen Rechts vorhergehenden Zeiten herschreibt, ist für unsern Gegenstand völlig uninteressant und wird hier nicht berührt werden.

Mit dem Rufe des neu aufgefundenen römischen Rechtes durchdrang zugleich der der Universität zu Bologna das deutsche Reich, und in großer Anzahl zogen die jungen Deutschen über die Alpen, um sich dort zu Geschäftsmännern und Rechtsgelehrten zu bilden. Sie brachten ein neues Recht und einen neuen Prozeß in ihr deutsches Vaterland mit zurück. Nicht

---

auf den Grund nachzuforschen, die schlichten Worte des kanonischen Rechtskörpers zu verlassen, und nur einen Augenblick bey ihrem Sinne zu verweilen: dann würde man ihm schon Recht geben, und der gegentheiligen Meinung beytreten. Nur Schade, daß Hr. Krüll so ungründlich in dieser Materie ist, daß es scheint, als habe er weder bey den Worten des Gesetzes noch bey ihrem Sinne auch nur einen halben Augenblick verweilt.

das römische Recht rein und unverfälscht war es, das sie zurückbrachten, es war das römische Recht mit den Bestimmungen und Modificationen der Päbste und Glossatoren; sie brachten es deshalb auch auf dieselbe Art zur Anwendung, wie sie es in Italien angewendet sahen, und so kamen denn die Vorschriften des römischen Rechts über den Prozeß, nur in so fern sie vom kanonischen Rechte bestätiget waren, oder doch mit demselben in Übereinstimmung standen, in die deutsche Praxis. So war es denn sehr natürlich, daß sich der ganze deutsche Prozeß nach dem damals in Italien üblichen modo procedendi ausbildete. — Besonders groß war zu jenen Zeiten das Ansehen der Curia Romana; so, daß die früheren Reichsgesetze, die über den Prozeß handeln, häufig ihre Abweichungen vom Gebrauche und stylo des Gerichts zu Rom besonders herausheben (1), auch schreiben sie im Ganzen nichts anders als den durch die Praxis ausgebildeten kanononischen Prozeß vor. Sonderbarer Weise hat es sich gefügt, daß ein ursprünglich ausserwesentlicher Theil des Prozesses in dem gerichtlichen Verfahren eine Hauptrolle zu spielen bekam, und endlich sogar dem ganzen Prozesse, so wie ihn die Reichsgesetze sanctionirten, einen eigenen Wurf und eine schiefe Richtung gab.

Die Positiones und Responsiones nemlich, dieses von der Gesetzgebung so stiefmütterlich behan=

---

(1) z. B. K. G. O. I, 4, 7, 9, 19 etc.

delte (1) Mittel, sich der Beweislast zu entladen, hatten sich durch eigenen reellen Nutzen und das Bemühen der Rechtsgelehrten gar bald sehr emporgehoben. Abgesehen davon, daß die generelle L. C. sie nothwendig machte, waren sie auch an sich schon, durch das vom Ponaten abzulegende juramentum respondendorum, eine Art von Eideszuschiebung, die jedoch für den Ponenten unnachtheilig war, weil er die ihm abgeläugneten facta dennoch auf jede beliebige Weise darthun konnte. Dazu kam nun noch das offenbare Interesse der Advocaten zuerst eine tüchtige Anzahl solcher Positionen aufstellen, und dann einige Instanzen durchzanken zu können, ob sie auch so beschaffen seyen, daß darauf geantwortet werden müsse? ferner, ob die etwa gegebene Antwort die gehörige Beschaffenheit habe? Das mochte den Anwälden der damaligen Zeit gar nicht mißfallen; und so mußte ja wohl die arme Parthey Ponent werden, sie mochte wollen oder nicht. Daher kamen denn auch in einem jeden Prozesse Artikel (2) vor, und zwar in einer jeden Lage desselben, weil es allenthalben Beweis zu führen gab. Doch geschah dies immer nur de facto, noch hatte kein Gesetz die Nothwendigkeit ausgesprochen, sich der Artikel zu bedienen, bis endlich unsere deutschen Gesetzgeber aus mißverstande-

---

(1) Kaum thut das päbstliche Recht derselben Erwähnung, S. oben S. 35.

(2) So nannte man sie nachmals, Damhouder c. 152. No. 6.

nen Stellen des älteren Rechts (1) sie zu einem gesetzlich nothwendigen Requisite des Prozesses erhoben, oder vielmehr den ganzen Prozeß nach ihnen einrichteten (2). Jedoch behielten die eigentlichen Positiones in der Hauptsache ihre ursprüngliche Natur bey, sie sollten dazu dienen, die Beweislast hinwegzunehmen, und konnten daher erst dann in Betracht kommen, wenn die Klage geläugnet war, also hinter der L. C. (3). Da nun diese Artikel blos auf das factum gerichtet wurden, und deshalb aus dem Klaglibelle genommen seyn mußten (4), so mochte man auf die Idee gekommen seyn, lieber gleich anfangs den Libell articulirt zu fassen, um sich nachmals die Mühe zu ersparen, Artikel aus demselben zu entwerfen. Dieses hatte den Nutzen, daß der Beklagte gleich anfangs mit den Artikeln bekannt ward, die er beantworten mußte, und

(1) K. G. O. 1508. I, 7.

(2) Zuerst geschieht derselben Erwähnung im R. A. 1500, Ratification des K. G. zu Lindau und Freyburg, XIII, XIV, XV.

(3) Es ist daher grundfalsch, wenn Gönner I, 3. §. 4. behauptet, der Beklagte sey gar nicht schuldig gewesen auf die Klage zu antworten, wenn er exceptiones contra articulos vorgebracht habe. Bekanntlich kam ohnehin die L. C. in der Regel im zweyten, diese Einreden erst in einem spätern Termine vor, K. G. O. 1555, III, 13. §. 1, 15, §. 1, 32. §. 4, 33, §. 3. Conc. III, 15. §. 1, 16. So war auch die contumacia beym Beantworten der Artikel ganz verschieden von der bey der L. C., Conc. III, 18. §. 3. vergl. mit 52. §. 3. Ueberhaupt trägt diese Abhandlung Gönner's gar sehr das Gepräge der Eilfertigkeit an sich, und man würde sich sehr täuschen, wenn man hoffte, in derselben das eigentliche Wesen des articulirten Verfahrens wieder zu finden.

(4) K. G. O. 1507. VI, 7. 1508. I, 5 in fin. 6.

so verbanden schon die früheren Reichsgesetze mit dem articulirten Libelle den Vortheil für den Kläger, daß er schon im zweyten Termine gleich hinter der L. C. des Beklagten statt der Artikel die Klage repetiren durfte, während bey einem nicht articulirten Libelle es ihm erst im dritten Termine freystand, Artikel vorzubringen (1). Aus diesem Grunde kam denn die nicht articulirte (Summari) Klage, besonders da auch die Rechtsfreunde ihre Rechnung nicht dabey fanden, gewiß nur selten vor: wenn es aber geschah, so hatte dies auf Prozeßgang sonst keine Wirkung, als die oben angegebene, denn die Einreden, und so alle Verhandlungen der Partheyen ausser dem Libelle und der L. C. mußten gleich anfangs auch in diesem Falle articulirt seyn (2). Dabey behielt es denn auch den größten Theil dieser Periode hindurch sein Bewenden (3), bis die nachmalige Vorschrift in secundo termino der L. C. eventuell die responsiones auf die Artikel anzuhängen, es nothwendig machte zu verordnen, daß im Falle jemand sich in der Hauptsache der Artikel zu bedienen gedächte, er einen articulirten Libell einreichen sollte (4). Da man aber dem Kläger das Recht nicht nehmen wollte, sich einer Summari-Klage zu

(1) R. A. 1500, Ratification rc. XIII, 3. K. G. O. 1508, §. 4 in fin., jedoch ist damit §. 7. ibid. nicht wohl zu vereinigen.

(2) R. A. 1500, Ratifikation rc. XIV, 1. XV, 1.

(3) K. G. O. 1523, III, 3, 1555, III, 12. §. 8, 13. §. 3, 14. §. 1, 15. §. 1.

(4) R. A. 1570. §. 88, 89.

bedienen, sie also nicht geradehin verbot, so mußte in einem solchen Falle der Kläger sich in der Hauptsache sogleich zu anderweitigem Beweise bequemen, wenn ihm die Klage verneint wurde. Bey der generellen L. C. war dies ein zu großer Nachtheil, als daß nicht die Summari-Klage zu den größten Seltenheiten hätte gehören sollen.

Doch hätte es bey dieser, wenn man consequent gewesen wäre, in den Verhandlungen erster Instanz wieder ganz zum alten Prinzipe, daß man nehmlich nach eingebrachter Summari-Klage im dritten Termine Artikel einreichen dürfe, zurückkehren sollen, nachdem man in Sachen simplicis querelae, der L. C., die eventuellen responsiones ad Articulos im zweyten Termine nicht mehr anzuhängen brauchte (1). Doch wich auch jetzt das Verfahren bey der Summari-Klage wenig von dem bey der articulirten ab (2), denn auch in ersterm trieben die Artikel im Ganzen ihr Unwesen wie gewöhnlich fort. — So hatten die bey ihrer Entstehung so wenig glänzenden Positionen das mündliche Verfahren fast ganz aus dem Prozesse verdrängt, und diesen in eine so erbärmliche Lage versetzt, daß eine völlige Reform des Justizwesens in Deutschland dringendes Bedürfniß ward, und diese erfolgte denn auch auf dem Reichstage zu Regensburg im Jahre 1654, worüber unten (§. 5.) einiges Nä-

(1) R. A. 1594. §. 59-63. — Ohne allen Werth ist, was sich über die Summari-Klage findet bey Gönner I, 3. §. 6, 7.

(2) R. A. 1570. §. 90, 1594. §. 63.

here (1). Zu unserm Zwecke werden wir daher den deutschen Prozeß in 2 Perioden zerfallen lassen, in die vor und in die nach dem jüngsten Reichsabschiede.

Erste Periode.

Von Errichtung des Kammergerichtes bis zum Jahre 1654.

§. 2.

Ueber die Litis-Contestation.

Die früheren Reichsgesetze über den Prozeß schildern die L. C. als eine Bilateralhandlung (2), jedoch, wie es scheint, nur weil die Päbste (oben II, 1) und Glossatoren (3) sie als eine solche definirten, welche denn unsre Gesetzgeber copirten, ohne sich die Mühe zu geben, in den Geist des Gesetzes einzudringen. Die späteren Reichsgesetze hingegen verstehen bestimmt unter L. C. die gerichtliche Antwort des Beklagten auf die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen (4). So be-

(1) Ich begnüge mich, etwas im Allgemeinen über die Entstehung und Ausbildung des articulirten Verfahrens gesagt zu haben; anfangs war freilich meine Absicht, hier eine kleine Skizze desselben zu entwerfen, weil man in Deutschland jetzt fast allenthalben gar keine, oder doch eine sehr verkehrte Idee davon hat; es würde mich dieses aber zu weit von dem eigentlichen Zwecke dieser Blätter entfernt haben. Vielleicht erlauben mir es in Zukunft Zeit und Umstände, das hier Versäumte bey einer andern Gelegenheit nachzuholen.

(2) R. A. 1500. Ratification ꝛc. XIII, 2. K. G. O. 1508. I, 4.

(3) Glossa in c. un. X. de L. C. (2. 5), Azo, Hostiensis, Panormitanus etc. ad c. un. cit.

(4) K. G. O. 1555. III, 13. §. 1-4. R. A. 1570. §. 89, 1594.

hielt denn diese Lehre die Bestimmung, die sie schon im kanonischen Rechte erhielt, so ziemlich unverändert bey; nur hob sich der Unterschied zwischen der exceptio peremtoria und der L. C. noch bestimmter und schärfer heraus, dadurch nehmlich, daß die Verhandlungen über die peremtorischen Einreden von denen über die Hauptsache sogar schon im Vortrage getrennt waren, und jene in einem spätern Termine als diese vorkamen (unten §. 3). Die L. C. geschah übrigens diese ganze Periode hindurch per generalia, und zwar scheint sie in früheren Zeiten mit gewissen, sich wahrscheinlich aus der kanonischen Praxis (1) herschreibenden, förmlichen Worten geschehen zu seyn, deren Gebrauch aber späterhin ausdrücklich untersagt ward, und es reichte zur negativen L. C. eine generelle kurze Clausel hin (2). In dieser Lage war denn die L. C. eine pure Solennität, und ihrem Inhalte nach ohne allen reellen Nutzen. Durch jene generelle Antwort niemlich, läugnete der Beklagte weder Alles ab, noch räumte er Etwas ein, so daß sie für ihn in Hinsicht auf das Eingestehen durchaus

---

§. 59 sqq. Conc. III, 15. §. 1, 4. — Die Repetition der Klage von Seiten des Klägers sogleich nach der L. C. machte nie einen Theil derselben aus, sie geschah vielmehr beym articulirten Libelle, weil hier die Positiones qua tales vorgetragen werden mußten, beym nicht articulirten, weil die Reihe des Vortrags den Kläger traf. K. G. O. III, 13. §. 3, 4. vergl. mit Conc. III. 15. §. 3, 4.

(1) Durandus Lib. II. p. 212. de Ferrariis p. 94. Damhouder c. 120. No. 9, 10.

(2) K. G. O. 1555. III, 13. §. 4. Conc. III, 15. §. 4.

keine nachtheiligen Folgen haben konnte, und es ist natürlich, daß er in der Regel wohl immer sich dieses Mittels bediente, seinem Gegner den Prozeß zu erschweren. Deshalb finden wir auch in den Gesetzen dieser Periode für die bejahende L. C. gar keine Formel vorgeschrieben, weil sie gewiß zu den ungewöhnlichen Erscheinungen gehörte; aus demselben Grunde ist der ganze Prozeßgang auf eine negative L. C. berechnet, wovon unten (§. 4) noch Einiges. In dieser Periode sehen wir denn auch erst die eventuelle L. C. entstehen (1).

§. 3.

Ueber die Einreden.

Ihrer eigentlichen Natur nach blieben die Einreden in dieser Periode völlig unverändert, und nur in der Art sie vorzuschützen kamen einige Neuerungen vor.— Dilatorische Einreden waren im zweyten Termine vor der L. C., schriftlich, artikelsweise, und in der Regel alle zugleich (2) sub poena praeclusi (3) vorzubringen. Ganz ihnen gleich gestellt waren die exceptiones peremtoriae in vim dilatoriarum s. litis contestationem (ingressum) impedientes

(1) R. A. 1570. §. 89. 90, 1594. §. 63. Conc. III, 15. §. 8. Vor dem R. A. 1570 kam die L. C. erst nach durch Urtheil abgeschnittenen exc. dilat. etc. vor. K. G. O. 1523, III, 3, 1555, III, 13. §. 1, 26 §. 6.

(2) K. G. O. 1555, 24 §. 2. Diese Bestimmung fand sich schon in den frühesten Zeiten, R. A. 1500, Ratificat. rc. XV, 1.

(3) R. A. 1594. §. 64. Conc. III, 27, §. 1.

(1). Über ihr Wesen enthalten die Reichsgesetze keine eigenen Bestimmungen, sie copiren vielmehr wörtlich das kanonische Recht, das sie selbst allegiren (2). Diesen Einreden war denn in späteren Zeiten (3) die L. C. eventualiter anzuhängen, welche, sobald jene durch ein Urtheil abgeschnitten waren, pro pura angenommen, oder, wenn keine hinzugefügt war, ex officio supplirt ward (4). Peremtorische Einreden mußten zwar schon in den frühesten Zeiten in der Regel alle in einem Termine, artikelsweise und also auch schriftlich, post L. C. vorgebracht werden, allein der Beklagte konnte dem Grundsatze nach bis zum Beschlusse willkührlich diesen Termin wählen, und so mochte er sie wohl nach gehörig fundirter Klage gewöhnlich vorbringen (5). Diese Willkühr des Beklagten konnte jedoch der Rich-

(1) Freylich behauptet Gönner IV, 78. §. 7. sehr bestimmt, es herrsche in den Reichsgesetzen dieser Periode über prozeßhindernde Einreden ein tiefes Stillschweigen. Man vergleiche aber folgende Gesetzesstellen, K. G. O. 1508, IV, 1, 1523, III, 1, 1527 §. 9, 1555, III, 13. §. 1, 24. §. 1, R. A. 1570. §. 89, 1594. §. 59, 63 nnd Conc. III, 27 pr. 30 pr.

(2) K. G. O. 1508, IV, 1. — Kaum kann ich es glauben, daß es Gönner a. a. O. mit der Behauptung Ernst gewesen sey, das (von den Reichsgesetzen ausdrücklich angezogene) c. 1. de L. C. in 6to (2. 3) habe in dieser Periode kein gesetzliches Ansehen in Deutschland gehabt; dem sey nun, wie ihm wolle, es ist diese Behauptung völlig grundlos.

(3) R. A. 1570. §. 89, 1594. §. 63. Conc. III, 15. §. 8. Auch diese Stellen scheint Gönner II, 33. §. 7. übersehen zu haben.

(4) Conc. III, 29. §. 5. vergl. mit 52. §. 3. S. unten S. 52 Nota 1.

(5) R. A. 1500, Ratific. rc. XIV, 1. K. G. O. 1507. VI, 6, 1508, IV, 1.

ter beschränken, wenn er nach geschehener L. C. einen solchen Termin anberaumte (1). Nachmals mußten sie neben den Responsionen vorgeschützt werden (2), zuerst im vierten, dann im zweyten eventualiter (3), und endlich im dritten Termine (4). Dadurch aber ward denn über sie zugleich mit der Hauptsache verhandelt, und so verschrob sich das richtige Prinzip, daß sie erst nach gehörig begründeter Klage in Betracht kommen, das den älteren Reichsgesetzen zum Grunde lag (5). — Noch kamen eine große Menge exceptiones contra articulos, responsiones etc. (6) vor, diese haben aber kein besonderes wissenschaftliches Interesse.

§. 4.

In wie fern enthalten peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage?

In dieser Periode, wo die schriftlichen Verhandlungen im Ganzen die Regel ausmachten, der Richter also nicht leicht sogleich von Amtswegen interrogiren konnte, war es gar wohl möglich, daß sich de facto diese Frage in der Praxis aufwarf; ihre Beantwortung konnte jedoch nicht sehr schwer fallen. Prinzipal- und Exceptional-Handlung waren einander entgegen-

---

(1) K. G. O. 1508, IV, 1, 2.

(2) K. G. O. 1521, XIX, 8, 1523, III, 4, 1527 §. 10, 1555, III, 15. §. 1, 27 §. 1, 2.

(3) R. A. 1570. §. 89, 90.

(4) R. A. 1594. §. 63. Conc. III, 19 pr. §. 1, 2., 30 pr. §. 1.

(5) K. G. O. 1508, IV, 1.

(6) J. Blumen Proc. camer. LXVIII, 7.

gesetzt. Das Eingestehen der Kläge gehört natürlich als eine Beantwortung derselben zur L. C. (oben II, 3), mithin zu der Prinzipal-Handlung, und konnte daher nicht in Einreden enthalten seyn, die auch in der Regel in einem spätern Termine als jene vorkamen. Das Gesetz verlangte nun einmal bestimmt in secundo termino die Antwort des Beklagten in der Hauptsache, die L. C.; brachte er nun except. dilatorias oder peremtorias in vim dilatoriarum vor, ohne ihnen eine eventuelle L. C. zu annectiren, so ward erst über diese verhandelt, und im Falle sie verworfen waren, lis pro contestata angenommen (1); schützte er aber im zweyten Termine blos peremtorische Einreden als solche vor, so war er, da Einreden keine L. C. enthalten, in Hinsicht auf diese contumax, der Richter setzte ihm auf Anrufen des Klägers einen neuen Termin zur L. C., unterließ er sie nun auch in diesem, so ward sie in contumaciam für geschehen angenommen (2). Wo sich aber in den Reichsgesetzen dieser Periode die Ausdrücke finden: der Krieg wird in contumaciam für befestiget, lis pro contestata angenommen ꝛc., ist immer von der negativen L. C. die Rede, wie sich dies daraus ergiebt, daß sie mit: in der Hauptsache fortfahren, gleichbedeutend

(1) Dub. cam. 100 vom Jahre 1595 in Ludolff C. J. cam., Erfurt 1724 Fol. p. 510. Dep. A. 1600 §. 117, S. oben S. 50. Nota 4.

(2) Arg. K. G. O. 1527 §. 3, 1533 §. 9, 1555, III, 43 §. 4, Conc. III, 52 §. 3.

sind, welche Worte keinen andern Sinn haben, als den, nur bey dem Termine der L. C. soll eine Veränderung vorgehen, sonst bleibt alles in seiner Ordnung; so hat der Kläger seinen articulirten Libell zu repetiren, Beweis zu führen ꝛc. (1). Es erklärt sich auch diese Bestimmung leicht und natürlich aus der damaligen Beschaffenheit der L. C. Diese war, wie schon oben (III, 2) erinnert worden ist, ihrem innern Gehalte nach, in dieser Periode etwas ganz Überflüssiges im Prozesse, und nur wegen den daran geknüpften Folgen bedeutend; daher hatte denn auch in der Regel der Termin der L. C. auf die übrigen Termine gar keinen Einfluß. Eben weil man mit Gewißheit Einem: In Sachen N. contra N. bin ich der Klage nicht geständig ꝛc. entgegen sehen konnte, war es möglich und nothwendig, die Folgen der contumacia bey der Kriegsbefestigung, mit solcher Bestimmtheit auf eine negative L. C. berechnet, zu reguliren. War nemlich der Beklagte bey der L. C. contumax, so konnte das Gesetz nicht mehr thun, als seine böse Absicht, durch die Nichtvornahme dieser Feyerlichkeit, den Prozeß in die Länge zu ziehen, dadurch zu vereitlen, daß es sie als vorgenommen, litem pro contestata ansah. Die contumacia bey diesem, seinem innern

(1) K. G. O. 1495 §. 22, R. A. 1500, Ratifikat. ꝛc. XVII, K. G. O. 1508, I, 4 in fin., 1555 III, 42 §. 2, 43. §. 4, 45 §. 2, Rothw. H. G. O. 1572, III, 14, Conc. III, 51 §. 1, 52 §. 3. vergl. mit Conc. III, 29 §. 5, K. G. O. 1527 §. 3, 1533 §. 9, 1555, III, 26 §. 6, R. A. 1594 §. 64, V. A. 1533 §. 8. 1556 §. 21, 1564 §. 30, Dub. cam. 100 cit. etc.

Wesen nach, unbedeutenden Termine konnte aber nicht ihren Einfluß auf die übrigen, von ihm in der Regel völlig unabhängigen äußern, und dem ganzen Prozesse eine andere ungewöhnliche Gestalt geben, was der Fall gewesen wäre, wenn man litem pro affirmative contestata angenommen hätte (1).

Übrigens aber, obschon, wie gleich zu Anfang dieses §. erinnert ward, sich unsere Frage in der damaligen Praxis leicht aufwerfen konnte, mochte es doch wohl ausserordentlich selten geschehen, aus dem Grunde, weil des Beklagten Interesse bey einer solchen contumacia nicht sehr groß seyn konnte, da er durch die L. C. den Prozeß um nichts beförderte. Wir finden sie daher in den Gesetzen dieser Periode gar nicht berührt, und dies auch wohl mit aus dem Grunde, weil die an diese contumacia geknüpften juristischen Folgen weder sehr zweifelhaft noch sehr bedeutend waren.

Die Frage, ob, wenn jemand blos dilatorische Einreden ohne eventuelle L. C. vorbrachte, die ganze Handlung als nicht auf die vom Gesetze vorgeschriebene Art vorgenommen, als nicht geschehen, und sogleich lis pro contestata angenommen werden sollte? findet sich allerdings aufgeworfen und verneinend beantwortet (2), weil dieser Fall wirklich von weit

---

(1) Man wird mir diesen kleinen Absprung über die contumacia verzeihen, es wird sich in der Folge ergeben, daß ich sie hier nicht unberührt lassen konnte.

(2) Dub. cam. 100 cit. Dep. A. 1600 §. 117.

größerem juristischen Interesse war. Alle dilatorischen Einreden mußten nemlich in der Regel ante L. C. sub poena praeclusi vorgeschützt seyn (oben III, 3.), hätte man nun sogleich mit Verwerfung der vorgebrachten Einreden litem pro contestata angenommen, so wären diese exceptiones fast alle auf immer abgeschnitten, und für den Beklagten gänzlich verlohren gewesen.

Anders verhielt sich die Sache bey peremtorischen Einreden; diese waren ganz von der L. C. getrennt, wenigstens in Sachen erster Instanz fast diese ganze Periode hindurch (oben III, 3.) in einem spätern Termine vorzubringen, und konnten also, wenn man sie auch hätte verwerfen, und litem pro contestata annehmen wollen, wieder von neuem in dem folgenden Termine vorgeschützt werden. Aber auch zu ihrer Verwerfung war kein hinlänglicher Grund vorhanden; denn mußten gleich (1) die peremtorischen Einreden in demselben Termine mit den Responsionen vorgebracht seyn, so war damit doch nur das spätere Vorbringen verboten, gewiß aber konnten sie im zweyten Termine post L. C. vorgeschützt werden (2); da nun die Exceptional-Handlung von der L. C. getrennt war, so konnte man, wenn der Beklagte peremtorische Einreden ohne L. C. im zweyten Ter-

---

(1) Seit der K. G. O. 1521, XIX, 8.

(2) Welches vom Jahre 1570 bis 1594 sogar Regel war, es auch in Appellationssachen diese ganze Periode hindurch ferner blieb, R. A. 1570 §. 89, 1594 §. 63, 64.

mine vorbrachte, nur sagen, er sey contumax rücksichtlich der L. C., nicht aber die exceptiones seyen non debito modo vorgebracht. — Soviel über unsere Frage; es wird sich aus dem Allen das Resultat ziehen lassen, daß peremtorische Einreden nie ein Geständniß der Klage enthalten konnten.

Zweyte Periode.

Vom Jahre 1654 bis auf unsere Zeiten.

§. 5.

Allgemeine Ansichten.

Das gerichtliche Verfahren hatte in Deutschland das Princip der Zweckmäßigkeit gänzlich verlassen; eine Instanz schien immer gleichsam nur darum beendigt zu seyn, um einer andern Platz zu machen; unendlich war die Zahl der Nebenfragen, die zuerst richterlich entschieden seyn mußten, ehe man sich zu einem Endurtheile hindurcharbeiten konnte, so daß, was an sich in zwey, drey Gerichtssitzungen vielleicht hätte abgethan seyn können, deren zwanzig, dreyßig und mehrere wegnahm. Zahllos waren auch die Chicanen und Mißbräuche, welche sich Advocaten und Partheyen zur Verlängerung der Prozesse bedienten, deren schwerfällige Massen sich Jahrzehende, wohl gar Jahrhunderte hindurch, in den Gerichts-Canzleyen langsam fortbewegten. Die Akten schwollen gewaltig an, und doch hatte der Richter am Ende nichts als eine Reihe von vagen, geschraubten, subtilen Sätzen vor sich liegen, aus denen er den eigentlichen statum

controversiae mit der größten Anstrengung kaum herausklauben konnte (1); man mußte wohl endlich daran gedenken, diesem Unwesen zu steuern, und das geschah denn auch nach langen Deliberationen (2) im Reichs-Abschiede vom Jahre 1654. — Es kann nun freylich meine Absicht nicht seyn, die Reform, die auf diesem Reichstage mit dem deutschen Justizwesen vorgenommen ward, in ihrem ganzen Umfange darzustellen: nur in dreyfacher Hinsicht kann sie hier berücksichtigt werden, in Hinsicht auf die Art die Hauptsache, in Hinsicht auf die, die Einreden vorzutragen, und endlich in Beziehung auf die Art vor Gericht vorzutragen überhaupt. Wir wollen sehen, in wie fern dabey der J. R. A. den Anforderungen einer weisen Legislation ein Genüge leistet.

Was nun zuerst die Hauptsache betrifft, so konnte vielleicht zweckmäßig von folgendem Gesichtspunkte ausgegangen werden. Alle Glieder eines Staates haben gleichen Anspruch auf dessen Schutz bey ihren Rechten, alle sind gleich vor dem Gesetze, alle, wenn nicht gesetzlich bestimmte physische oder moralische Hindernisse entgegenstehen, gleich beglaubt vor dem Richter. Will daher durch diesen jemand seinen Anspruch an eine andere Person im Staate

(1) Gründliches Bedenken von den articulirten Libellen rc. bey Lünig, Europäische Staats-Consilia, II. 89. p. 544, Neurodes, pragmatische Erläuterung des J. R. A., Anm. 17, 77 sqq. G. L. Boehmer Praef. ad J. H. Boehmer Exc. ad Pand. T. II.

(2) Neurodes, Erläut. des J. R. A. Anm. 17.

wirklich machen, so muß er ihn zuvor von der Wahrheit desselben überzeugen. Ohne Überzeugung des Richters als solchen kann dieser keine Thatsache als wahr annehmen: stützt daher jemand auf eine solche seinen Anspruch, so mag er sie beweisen, d. h., durch vom Gesetze bestimmte Mittel vor dem Richter bewahrheiten. Weil es aber nur bey Streitigkeiten des richterlichen Amtes und folglich auch der richterlichen Überzeugung von der Wahrheit eines behaupteten Thatumstandes bedarf, aber kein Streit obwaltet, wo der in Anspruch Genommene [welchen der Richter auf allen Fall, selbst nach erhaltener Gewißheit des die Klage begründenden facti, dennoch hören müßte] diese Thatsache einräumt, weil ein ihm verschwiegener anderer Thatumstand dem Anspruche entgegenstehen, und ihn zernichten kann: so ist es gewiß höchst natürlich, daß der Richter die Erzählung des Beklagten von dem der Klage zum Grunde liegenden facto höre, ehe er den Kläger zu einem Beweise anhalte, den das Eingeständniß des Beklagten überflüßig machen kann. Diese Erzählung geschieht denn zur Aufklärung des Richters über das Factische des Rechtstreites, und in ihr ist nie eine wahre Vertheidigung des Beklagten enthalten. Bey dem Eingestehen der Klage ist das keinem Zweifel unterworfen; doch auch das Läugnen derselben macht seine Lage um nichts besser, weil es nicht per se, sondern als Nichteingestehen in Betracht kommt. Läugnen und Nichtantworten sind in effectu sich ganz gleich, beyde nehmen die Beweislast dem

Kläger nicht ab, daher auch ersteres höchstens eine negative Vertheidigung zu nennen ist, in so fern nehmlich, als der Beklagte nicht durch Eingestehen seine Lage verschlimmert, nicht den Kläger von einer ihm aufliegenden Last befreyet; deshalb müßten auch an sich das Läugnen und Schweigen des Beklagten dieselben richterlichen Verfügungen zur Folge haben. Wo nun das Gesetz eine solche Antwort des Beklagten vorschreibt, kann sie als ein wesentlicher, nicht directe zum Vortheile einer Parthey eingeführter Theil des Prozesses dem Verzichte der Partheyen nicht unterworfen seyn.

Anders verhält es sich mit der Exceptional-Handlung nach ihrem gesetzlich festgesetzten Begriffe (I, 4,5.), sie macht die wahre positive Vertheidigung des Beklagten aus, und da niemand gezwungen werden kann, von seinem Rechte Gebrauch zu machen, so ist sie bey einem jeden Prozesse etwas Willkührliches; und wo sie auch vorkommt, ist sie für die Überzeugung des Richters von der Wahrheit des Klagegrundes, weil sie diesen ganz unberührt läßt, völlig ohne Bedeutung, so, daß an sich das ausdrückliche Läugnen, das gänzliche Schweigen nnd das blose Vorbringen von Einreden von Seiten des Beklagten ganz dieselbe Wirkung haben müßte. Darauf aber hat der Gesetzgeber sein vorzügliches Augenmerk zu richten, daß nicht die Einreden dazu misbraucht werden, um die Sache dadurch in die Länge zu ziehen, was so die letzte Zuflucht der Chicane zu seyn pflegt.

Kehren wir nun zu unserem Gesetze zurück. Man fand leicht, daß das Übel im articulirten Verfahren seinen Hauptsitz hatte (1), dieses ward denn im Allgemeinen abgeschafft (2); man blieb jedoch dabey nicht stehen. Die Redactoren des jüngsten Reichsabschiedes giengen von der richtigen Ansicht aus, daß Alles auf das Erhalten einer bestimmten Antwort des Gegners auf einem kurzen Wege ankomme, und daß man zur Abschneidung der Termine soviel als möglich die Eventual-Verhandlung vorschreiben müsse. Sie zogen daher gleich 3 der ehemaligen Termine zusammen, und schrieben vor, es solle der Kläger einen nicht articulirten Libell einreichen, in demselben das factum kurz und nervose, jedoch deutlich und distincte, klar und nöthigenfalls punktweise ausführen, der Beklagte aber in eodem primo termino auf gleiche Weise die Klage kurz, nervose und deutlich beantworten, auch unterschiedlich und klar, ob und worin das Factum anders als vom Kläger vorgebracht, und wie es sich eigentlich verhalte, specifice und auf jeden Punkt mit allen seinen Umständen anzeigen, zugleich auch sub poena praeclusi die ihm zustehenden dilatorischen und

---

(1) Meiern Acta comit. Ratisb., T. II. p. 394, 427, 517, 525, 526. Neurodes, Erläut. des J. R. A. Anm. 84. G. L. Boehmer l. c. Gönner I, 3 §. 9.

(2) J. R. A. §. 34.

peremtorischen Einreden vorbringen (1). Diese Antwort läßt denn das Gesetz, wenn es eigentlich redet, in zwey Theile zerfallen, in die *hauptsächliche Gegenhandlung* und in die *Exceptions-Schrift* (2). Erstere ist nicht zum Vortheile des Beklagten eingeführt, sondern zur besseren Instruirung des Richters, zu *ehender Erörterung der rechtshängigen Sachen* (3); sie soll in der Regel allein den Richter eben so genau von dem Thatbestande der Klage unterrichten, als ehemals L. C. und Responsionen zusammen, an deren Stelle sie getreten ist. Zu diesem Ende bestimmt auch das Gesetz genau, wie diese Antwort beschaffen seyn müsse; es will sie soviel als möglich der Klage angepaßt haben; bedient sich deshalb auch über die Art, wie sie gefaßt seyn soll, derselben Ausdrücke, wie über die Fassung des Libells. Zu demselben Endzwecke soll auch der Beklagte specifice und punktweise auf das der Klage zum Grunde liegende Factum antworten; und gerade um diese Antwort ist es dem Gesetze vorzüglich zu thun, und sie soll, wo möglich, in keinem

---

(1) Ibid. §. 34. 37.

(2) Ibid. §. 45, 47, 48, 49, 57, 70. — Unter den Worten: *hauptsächliche Handlung, Hauptsache, Gegen-Nothdurft, Antwort, Gegenhandlung,* (ohne den Exceptionen ausdrücklich entgegengesetzt zu seyn), scheint das Gesetz die hauptsächliche Gegenhandlung (L. C.) sammt den ihr anzuhängenden peremtorischen Einreden zu verstehen. J. R. A. §. 38, 40, 46 vergl. mit §. 37. §. 70 in fin. vergl. mit R. A. 1570 §. 89. 1594 §. 64.

(3) R. A. 1713. §. 54.

Prozesse fehlen. Der Exceptions-Satz hingegen blieb ganz des Beklagten Willkühr überlassen, er ist ein ausserwesentlicher Theil des Prozesses; jedoch hat das Gesetz für den Fall, daß der Beklagte sich der Einreden bedienen will, eine zur Beschleunigung des Ganzen dienliche Bestimmung getroffen: sie müssen eventualiter der Hauptsache, und diese respective ihnen, angehängt werden. Ihrem Inhalte nach steht aber die Exceptional- mit der hauptsächlichen Gegenhandlung auch jetzt eben so wenig in Berührung, als sie ehemals standen, da sie noch formell getrennt, und in verschiedenen Terminen vorzubringen waren: vielmehr sind sie noch als wahre Antithesen einander entgegengesetzt, denn nur die Art, sie gerichtlich zu verhandeln, nicht ihre innere Natur erlitt einige Veränderung.

Man sieht, daß die Verfasser des jüngsten R. A. ganz in dem Geiste arbeiteten, in welchem ein Gesetz, das eine Reform der damaligen traurigen Lage des Justiz-Wesens bewirken sollte, nach unserer Ansicht, zweckmäßig, in so weit es uns hier angeht, abgefaßt seyn mußte, und wir können jetzt nach diesen generellen Prämissen zum Speciellen unsers Gegenstandes fortschreiten.

§. 6.

Ueber die Litis-Contestation und Einreden.

Die Benennungen L. C. und Kriegsbefestigung finden wir im jüngsten Reichsabschiede nicht wieder,

wahrscheinlich aus dem Grunde, damit nicht, wie Schwarzkopp bey einer andern Gelegenheit sich ausdrückt (1), der alte Mißbrauch vel occasione vocabuli wieder einreißen möge. Die L. C. der vorigen Periode war eine Förmlichkeit ohne innern Werth und Gehalt, unsere hauptsächliche Gegenhandlung hingegen ist ihrem Inhalte nach von der höchsten Bedeutung und Wichtigkeit, es war also gewiß daran gelegen, schon durch den äußern Nahmen anzuzeigen, daß sie sich ganz von jener unterscheide; auch hatte das Wort L. C. ursprünglich (I, 2.) eine ganz verschiedene Bedeutung von dem, was es jetzt hätte ausdrücken müssen, dem die Benennung hauptsächliche Gegenhandlung weit anpassender ist. Die Rechtsgelehrten aber und späteren Particular-Gesetze behielten jenen einmal angewöhnten Ausdruck wieder bey, so daß er in der deutschen Praxis immer gäng und gebe blieb, und auch hier soll er als allgemein bekannt und angenommen ferner beybehalten werden. So ist denn die L. C. die erste ausdrückliche gerichtliche Antwort des Beklagten auf die der Klage zum Grunde liegenden Thatsachen (2). Nach der Allgemeinheit des Gesetzes (3) scheint auch die bejahende L. C. speciell gefaßt seyn zu müssen; da jedoch alle unnütze Solenni-

---

(1) Meiern p. 525.

(2) J. R. A. §. 37.

(3) Ob — das Factum anders als vom Kläger vorbracht — sich verhalte, specifice und auf jeden Punkten — anzeigen.

täten beym Prozesse überhaupt, und bey der L. C. insbesondere, dem Geiste des J. R. A. gerade entgegenlaufen würden, ein generelles Geständniß aber ganz die Wirkung eines speciellen hat, es auch blos eine unnöthige Verlängerung des Prozesses und Vermehrung der Kosten seyn würde, eine generelle affirmative L. C. zu verwerfen, um sie den Beklagten speciell wiederholen zu lassen, so läßt sich die in Praxi allgemein angenommene Meynung (1), die bejahende L. C. dürfe generell seyn, wohl vertheidigen. In der Regel kam die L. C. in primo termino vor (2).

Durch alle Perioden fest und unerschüttert stand der Begriff der Einreden, auch jetzt finden wir wieder nur Veränderungen in der Art und Zeit, sie vorzuschützen.

Die eigentlich peremtorischen Einreden sind immer sub poena praeclusi neben der L. C. in der Regel also in primo termino vorzubringen (3). Exceptiones declinatoriae, dilatoriae und peremtoriae in vim dilatoriarum s. litis contestationem impedientes (4) müssen immer in

---

(1) Gönner II, 36. §. 10. Nota 1.

(2) Ausnahmen im J. R. A. §. 38, 40, 46.

(3) J. R. A. §. 37.

(4) Dieser geschiehet im J. R. A. nicht ausdrücklich Erwähnung, sie sind aber unter den Worten des §. 38, wenn er vorzügliche oder andere dergleichen Exceptiones vorzunehmen hätte ꝛc., mit begriffen, weil dieser §. in der Hinsicht nichts ändern wollte, sich vielmehr auf die K. G. O. 1555 III, 24 und den R. A. 1594 bezieht, welche beyde ausdrücklich von exc. lit. ingr. imped. reden. Anderer Meynung ist Gönner IV, 78. §. 8.

primo termino vorgebracht werden, selbst wenn der Beklagte zur Einbringung seiner übrigen Antwort prorogationem termini erlangte (1); sonst sind ihnen (mit Ausnahme der Declinatorien) eventualiter die L. C. und die peremtorischen Einreden anzuhängen. Unterläßt der Beklagte Letzteres, und die Einreden werden erheblich befunden, so ist dies ihm völlig unnachtheilig; werden sie aber als unerheblich verworfen, so wird lis pro negative contestata angenommen, und er verliert alle ihm etwa sonst noch zustehenden Exceptionen, und kann noch, wenn er dabey dolose zur Verzögerung der Hauptsache gehandelt hat, daneben in eine Geldstrafe condemnirt werden. Schützt er dagegen exceptiones fori declin. allein vor, und diese werden unerheblich befunden, so kann zwar auch, im Falle er blos einen muthwilligen Aufschub der Hauptsache bezweckte, auf eine Geldstrafe erkannt, nicht aber mit Verlust der peremtorischen Einreden lis pro contestata angenommen, sondern nur allein auf bessere Einlassung erkannt werden (2): dilatorische

---

(1) J. R. A. §. 38.

(2) Ibid. §. 38, 40 vergl. mit S. 52. Not. 1. S. 53. Not. 1.— Diese Darstellung wird sich leicht rechtfertigen, wenn man bey dieser Vergleichung sieht, in wie weit der J. R. A. die älteren Gesetze in dieser Lehre abändern wollte. Man sehe übrigens Gambsius ad R. J. N. §. 40, Stryk de L. C. eventuali, §. 18, J. H. Boehmer Exc. ad P., II, 24. §. 24, Gönner II, 33 §. 7, IV, 78 §. 8, 26, 27, Martin, Rechtsgutachten des Spruchcollegii der Universität Heidelberg, I, 3 §. 4-6, welche zum Theil mit unsrer Darstellung, zum Theil unter sich im Widerspruche stehen.

und prozeßhindernde Einreden wird er auch in einem solchen Falle nicht mehr vorbringen dürfen (1).

Mit dem articulirten Verfahren überhaupt fielen denn auch die except. contra articulos, responsiones u. s. w. über den Haufen, denn bey den von der Gesetzgebung noch gestatteten Probatorial-Artikeln durften diese nie vorkommen (2).

§. 7.

In wie fern enthalten peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage?

So vortheilhaft dem Beklagten peremtorische Einreden auch seyn mögen, so wenig Vortheil hat er von der L. C. nach ihrer jetzigen Bestimmung zu erwarten: es kann daher in Praxi leicht vorkommen, daß er sich die Vortheile der ersten zu erhalten, und zugleich die Nachtheile der letzten zu vermeiden sucht, indem er peremtorische Einreden ohne L. C. vorbringt. Wie nun der J. R. A. weder eine vollständige Prozeßordnung ist, noch seyn sollte (3), und der Fragen gar viele unberührt läßt, so findet sich auch über diesen Fall keine ausdrückliche Entscheidung in demselben; wir müssen diese daher aus dem Geiste desselben und den früheren unabgeänderten Gesetzen hernehmen.

---

(1) J. R. A. §. 40 vergl. mit §. 38, und dem dort citirten R. A. 1594 §. 63, 64.

(2) J. R. A. §. 41, 49.

(3) §. 34 in med.

Wir haben oben (III, 5.) gesehen, daß das Gesetz die Antwort des Beklagten eigentlich in zwey Theile zerfallen läßt, in die Principal- und in die Eventual-Handlung. Ob nun die Parthey sich der letzteren bedienen wolle oder nicht, darüber mag sie mit sich selbst zu Rathe gehen, das Gesetz zwingt sie nicht dazu; will sie aber Einreden vorbringen, so thue sie es in der von dem Gesetze zweckmäßig bestimmten Zeit, sonst sind sie für sie verlohren. Wohl aber will der Gesetzgeber, daß der Beklagte durchaus seine hauptsächliche Gegenhandlung nicht vorenthalte, auf sie ist der ganze weitere Prozeßgang berechnet, sie ist ganz der Willkühr der Privaten entzogen. Diese soll bey keinem Prozesse in der Regel fehlen, und der Beklagte, der sie, wo dies nicht gesetzlich erlaubt ist (oben III, 6. circa fin.), verweigert, ist wahrhaft contumax, wovon bey nicht vorgebrachten Einreden eigentlich nie die Rede seyn kann (1): wo das Gesetz daher bey

---

(1) Denn contumacia heißt im wahren legalen Sinne nichts anders, als der Ungehorsam einer Parthey, sich äußernd in der freywilligen Nichtvornahme einer ihr obliegenden, gesetzlich nothwendigen Handlung im Prozesse; bey Handlungen also, die vom Verzichte, d. h. der Willkühr der Partheyen abhängen, findet nie contumacia sensu proprio statt. — Alles wirft durcheinander Gönner I, 21, der gerade das Entgegengesetzte behauptet. Die richtige Ansicht scheint Martin in seinem Programme über diese Materie (das ich nur aus Gönner's Abhandlung kenne) zu haben, obschon ich ihm nicht in allem beystimmen, so z. B. nicht glauben kann, daß Richter oder Zeugen contumaces seyn können. — Ich will der von Martin im Lehrbuche des Prozesses §. 117. Nota b versprochenen Widerlegung der uns entgegengesetzten Theorie nicht vorgreifen, und n[illegible]

der ersten Antwort des Beklagten von contumacia redet, da geschieht dies immer in Hinsicht auf die L. C.: denn nur der Mangel dieser, nicht der einer Antwort überhaupt ist es, welcher die contumacia begründet. Ob nun jemand gar nicht antwortet, oder zwar antwortet, aber nicht litem contestiret, das muß vor dem Gesetze gleich seyn, und was von dem einen Falle gilt, auch vom andern gelten (oben III, 5.) Wir finden nun die gesetzliche Bestimmung, daß im Falle der Beklagte gar nicht antwortet, auf Anrufen des Klägers nach nochmaliger Citation des Beklagten und Verfließung einer bestimten Zeit in der Hauptsache fortgefahren, d. h., lis pro negative contestata angenommen werden soll (1): ganz dasselbe muß denn auch von dem Falle gelten, wo jemand blos peremtorische Einreden ohne L. C. vorbrachte. Dieses leidet um so weniger Zweifel, als es ganz so in der, der unsrigen vorhergehenden Periode, gehalten ward (oben S. 52. Not. 2.), der J. R. A. aber in dieser Hinsicht die frühere Legislation nicht allein nicht ausdrücklich abändert, sondern gerade in der Lehre von der contumacia wenig Neuerungen vornimmt, vielmehr fast allenthalben auf sie hinweißt, auch seinem Geiste nach in dieser Lehre ganz mit den älteren Ge-

noch kurz gegen Gönner a. a. O. §. 23 erinnern, daß, wenn auch der Beklagte nicht absolut zur Rechtsvertheidigung gezwungen wird, doch das Gesez, im Falle eine einzelne sie bezweckende Handlung im Prozesse unterbleibt, diese nicht als verzichtet, sondern als geschehen annimmt.

(1) J. R. A. §. 36 vergl. mit S. 52. Not. 2. S. 53. Not. 1.

setzen übereinstimmt, nur daß er die, dem Geiste der Zeiten nicht mehr angemessenen Acht und Immission, abschafft. — Eine von dieser ganz verschiedene Ansicht hat Gönner (1); er behauptet nehmlich, der Fall, wo jemand peremtorische Einreden (2) ohne L. C. vorbringe, sey gar kein Contumacial-Fall. Es sey ja des Beklagten Willkühr überlassen, ob er sich durch Abläugnung des factischen Klagegrundes oder durch Einreden vertheidigen wolle; wolle er nun ersteres, so müsse er sich einer speciellen L. C. bedienen; bringe er aber blos peremtorische Einreden vor, so erkläre er durch die That, daß er sich seiner Vertheidigung nicht bedienen wolle, und so die Klage wirklich bejahend beantworte. Dazu komme auch die bekannte Rechtsregel, daß man jede Handlung so interpretiren müsse, daß sie zu Recht bestehen könne: und nur wenn man in unserm Falle annehme, der Beklagte habe affirmative litem contestiret, könne sein Exceptions-Satz eine rechtsbeständige Handlung seyn. — So ungefähr sucht Gönner seine Theorie zu vertheidigen. Trägt er diese nun gleich mit seinem gewöhnlichen Scharfsinne und in der ihm eigenen

---

(1) II, 36 §. 8 sqq. Auch Strubén, Th. IV, Bedenken 12. p. 30 und Westphal, Rechtsgutachten nach Ordnung der Pandekten, Tit. de confessis, §. 6 sind einer von der unsrigen abweichenden Meinung, verdienen aber keine besondere Widerlegung.

(2) Es heißt zwar dort allgemein Einrede, wahrscheinlich sind aber darunter nur peremtorische, und zwar nicht in vim dilatoriarum vorgeschützte, verstanden, arg. Gönner II, 33 §. 7, IV, 75.

vortrefflichen Darstellung vor, so, daß er sogar einen Grolman (1) mit sich dahinriß, so möchte doch seine Abhandlung über diesen Gegenstand, das ihr von Krüll (2) beygelegte Prädicat einer wohl durchdachten schwerlich verdienen. Sein ganzes Gebäude stürzt meines Bedünkens mit der kurzen Bemerkung zusammen, daß, wenn auch die affirmative L. C. allgemein seyn darf, dies doch nur so viel heiße: es bedarf keiner ausdrücklichen speciellen Beantwortung der einzelnen, die Klage begründenden Thatumstände, wohl aber bedarf es einer allgemeinen, ausdrücklichen Bejahung derselben, ein gänzliches Schweigen über sie aber ist weder eine bejahende noch eine verneinende L. C., vielmehr gar keine. Eine einzige unrichtige Idee ist es vorzüglich, die Gönnern zu diesem großen Mißgriffe verleitete. Er betrachtet nehmlich die L. C. als eine blose Vertheidigung des Beklagten (3), und so wäre wirklich die bejahende L. C. etwas Entbehrliches im Prozesse. Dabey übersieht er aber, daß das Gesetz immer eine bestimmte Antwort auf das Factische der Klage fordert, und dies nicht zum Beßten des Beklagten, sondern zur Instruction des Richters, zur Beförderung der Sache überhaupt (4), daß also in der L. C., sie sey nun

---

(1) Theorie des gerichtlichen Verfahrens, Aufl. 3, §. 174 a. E., p. 350.

(2) In seiner oben S. 30. Nota 1 citirten Prüfung rc. §. 2.

(3) Gönner II, 33 §. 8, 36 §. 10.

(4) J. R. A. §. 34, 37. R. A. 1713 §. 54.

affirmativ oder negativ, nie eine Vertheidigung des Beklagten im wahren Sinne des Wortes liegen kann (oben III, 4.). Neben diesem, sowohl nach den positiven Gesetzen als in legislativer Hinsicht vollkommen richtigen Satze kann die Gönner'sche Ansicht auf keine Weise bestehen. Er glaubt, der Beklagte sey in unserm Falle nicht ungehorsam, weil er doch sein Recht durch Einreden zu vertheidigen suche; das ist unrichtig, weil das Gesetz nicht vorschreibt, daß er zu seinem Vortheile neue Vertheidigungen vorbringe, wohl aber, daß der eigentliche status controversiae festgesetzt werde, und in dieser Hinsicht ist der Beklagte wahrhaft contumax (oben S. 67. Not. 1.) Gönner glaubt ferner, die Absicht des Exceptional-Satzes sey blos als Vertheidigung gegen die Klage zu dienen; das mag die Absicht des Beklagten dabey in der Regel wohl seyn, keineswegs aber die des Gesetzes bey seinen Vorschriften über die Anordnung desselben. Endlich meint Gönner, es sey nach seiner Theorie ein solcher Exceptions-Satz eine rechtsbeständige Handlung, und dies kann ich eben so wenig glauben, weil er dazu eine ausdrückliche L. C. enthalten müßte, die er doch nicht enthält. Wäre wirklich die Absicht des Gesetzes gewesen, daß der, welcher seiner Vorschrift über die L. C. nicht getreulich Folge leistet, sogleich pro confesso et convicto solle gehalten werden, so läßt es sich nicht absehen, warum nicht der §. 37. des J. R. A. eine ähnliche Fassung wie der §. 49. erhalten hat? Die Ausnahmen, die jener

§. bey exception. dilatoriis etc. erleidet, kommen ja doch als solche in besonderen §§en vor, und hätten das Aufstellen einer allgemeinen Regel nicht verhindern können. Auch käme nach jener Ansicht die hohe Inconsequenz heraus, daß wer sich gar nicht vertheidigt, besser daran wäre, als derjenige, welcher sich doch wenigstens durch Einreden vertheidigt, weil bey jenem lis pro negative (oben S. 68. Not. 1.), bey diesem hingegen pro affirmative contestata angenommen werden müßte.

Ich übergehe noch manches von Weber (1) und Martin (2) gegen Gönner und für uns Vorgebrachte mit Stillschweigen, und wende mich zur Erörterung einer andern, bey dieser Gelegenheit von Gönner in Anregung gebrachten, Frage, in wiefern nehmlich die in einem solchen Falle vorgebrachten peremtorischen Einreden neben der, in contumaciam angenommenen, negativen L. C. bestehen können? In Praxi zweifelt man daran gar nicht, obschon die Sache nicht ohne alle Schwierigkeit ist. Gönner (3) wendet gegen das Fortbestehen der Einreden in einem solchen Falle ein, das sey höchst inconsequent, weil ja eine in contumaciam angenommene verneinende L. C. den Verlust aller zerstöhrlichen Einreden zur Folge habe. Allein dieser Einwurf ist leicht zu besei-

(1) Beyträge zu der Lehre von Klagen und Einreden, St. 2 u 3. No. 15.

(2) Rechtsgutachten ꝛc. I, 8.

(3) II, 36. §. 9.

tigen. Nicht die in contumaciam angenommene L. C. ist es, welche das fernere Vorbringen der peremtorischen Einreden verhindert, es ist vielmehr die Regel, daß die exceptiones peremtoriae immer zugleich mit der L. C. und nicht mehr in einem spätern Termine vorgeschützt werden sollen. Wird nun auf das gänzliche Schweigen des Beklagten oder nach unerheblich befundenen dilatorischen ꝛc. Einreden (oben III, 6 in fin.) lis pro contestata genommen, so sind die nicht vorgeschützten exceptiones nach dieser angenommenen L. C. eben so präcludirt, als sie es nach einer ausdrücklichen wären; von daher aber läßt sich auf unsern Fall, wo die Einreden wirklich vorgebracht sind, nicht argumentiren. — Es ließen sich aber von einer andern Seite gegen ihr Fortbestehen nicht ohne Schein Einwendungen machen. Wer blos peremtorische Einreden ohne L. C. vorbringt, dessen Exceptions-Satz ist im Allgemeinen gegen die Vorschrift des Gesetzes, das eine ausdrückliche L. C. verlangt, und so dürften jene auch nach der bekannten Rechtsregel: quod contra leges fit, nullum est, und daher idem esse non agere, et non debito modo agere nicht attendirt werden. Allein bey genauerer Prüfung findet sich auch dieser Einwurf unerheblich. Es ist nehmlich der Zweck der gesetzlichen Vorschrift, die Einreden neben der L. C. vorzubringen, nicht eine blose Förmlichkeit, sondern der reelle, die Verhandlung des Ganzen dadurch zu befördern. In unserm Falle nun sind die Einreden, abgesehen

von der L. C., wirklich zur rechten Zeit vorgebracht, und wenn nachmals lis pro contestata angenommen ist, findet sich in der That ein vollständiger Exceptions-Satz vor, L. C. und Einreden, worüber jetzt zugleich verhandelt werden kann. In der eigentlichen Exceptional-Handlung lag überhaupt der Fehler nicht, sondern in der von ihr wesentlich verschiedenen hauptsächlichen Gegenhandlung. Die erste war ganz zur rechten Zeit vorgebracht; da nun aber Einreden nur dann präcludirt werden, wann, und nur deshalb, weil sie zu spät vorgebracht werden, so kann man wohl sagen, es ist dem Geiste des J. R. A. gewiß nicht zuwider, die vorgebrachten Einreden bey dem in Frage stehenden Falle neben der in contumaciam angenommenen L. C. fortbestehen zu lassen. Ausserdem wäre das Verwerfen derselben eine wahre Strafe, diese droht aber das Gesetz nirgendwo an, und der Richter wird sich ohne Gesetz dazu nicht entschließen können. Von derselben Ansicht geht auch das Gesetz in einem verwandten Falle aus (1). Noch kommt das Princip hinzu, daß die Verhandlungen der Partheyen überhaupt und die Vertheidigung des Beklagten insbesondere soviel als möglich aufrecht zu erhalten sind, und so wird sich denn die bisherige Meinung sehr wohl vertheidigen lassen, daß die allein vorgeschützten peremtorischen Einreden neben der angenommenen negativen L. C. fortbestehen. Der

---

(1) Dub. cam. 100 vom Jahre 1595. Dep. A. 1600. §. 117.

letzte Vorwurf, den man dieser Darstellung mit Gönner noch machen könnte, daß nehmlich nach ihr der Ungehorsam des Beklagten in einem solchen Falle für ihn ohne alle nachtheiligen Folgen wäre, träfe an sich schon mehr das Gesetz, als den Juristen, der dieses, unbekümmert um seine Zweckmäßigkeit, auszulegen und anzuwenden hat; er wäre aber auch völlig grundlos. Denn ausser dem Verluste aller ihm etwa sonst noch zustehenden dilatorischen und peremtorischen Einreden, treffen den Beklagten, wenigstens dem Gesetze nach (1), die mit dem Ungehorsame verknüpften Nachtheile rücksichtlich der Kosten, so daß ihm dieser gewiß nicht die Vortheile eines gesetzmäßigen Betragens gewährt.

(1) J. R. A. §. 36 vergl. mit K. G. O. 1555 III, 43 §. 4 in fin.

Wetzlar,
gedruckt mit Wincklerschen Schriften.

·We

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Goldschmidt, Karl Leopold

Ueber Litiscontestation und Einreden vorzüglich in Hinsicht auf die Frage, in wie fern peremtorische Einreden ein Geständniß der Klage enthalten? ; nach römischen, kanonischen u. den Reichsgesetzen

Frankfurt 1812

J.pract. 93 s
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554128-6